RA RechtsprechungsAuswertung

Heft 03/2011

Öffentliches Recht

EuGH: Geschlechterdiskriminierung im Versicherungswesen 133
Keine Amtshaftung der Gemeinde für rechtswidrig verweigertes Einvernehmen 136
Anspruch politischer Parteien auf Zugang zu gemeindlicher Einrichtung 140
Fristbeginn und Bekanntgabe bei Verkehrszeichen 142

Zivilrecht

Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs vor Inanspruchnahme Dritter 146
Zum Ersatz fiktiver Reparaturkosten bei mangelhaftem Kfz 149
Verjährungshemmung trotz unwirksamer Klageerhebung 152
Räumungswiderklage im Mietrecht 155

Strafrecht

Kein unmittelbares Ansetzen trotz Teilverwirklichung des Tatbestands 159
Zum Missbrauch der Befugnis bei Untreue 162
“Bedeutender Wert” einer Sache bei § 315b I StGB 166

Urteile in Fallstruktur

Öffentliches Recht: Versammlungs- und Meinungsfreiheit im Flughafen 169
Zivilrecht: Kein gutgläubiger Erwerb eines im Auslang zugelassenen Pkw 178
Strafrecht: Abo-Falle im Internet 184

Literaturauswertung 195

JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Öffentliches Recht

Standort: Unionsrecht Problem: Geschlechterdiskriminierung

EUGH: URTEIL VOM 01.03.2011
C-236/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

In Art. 21 und 23 der Grundrechtscharta der Europäischen Union ist das Verbot der Geschlechterdiskriminierung geregelt. Weitere Fundstellen im primären Gemeinschaftsrecht greifen den Gedanken der Gleichbehandlung von Frauen und Männern auf, z.B. Art. 157 I AEUV in Bezug auf Arbeitsentgelt oder allgemein Art. 19 I AEUV. Dem EuGH stellte sich nun die Frage, ob die in Art. 5 II der Richtlinie 2004/113/EG vorgesehene Möglichkeit, aufgrund geschlechterspezifischer Besonderheiten unterschiedliche Versicherungsbeiträge einzuführen (konkret: unterschiedliche Prämien für Lebensversicherungen angesichts der unterschiedlichen Lebenserwartung von Frauen und Männern), gegen diese Vorgaben des primären Unionsrechts verstieß.

A. Der Rat der EU hatte dazu vorgetragen, in Bezug auf Versicherungsbeiträge seien Frauen und Männer schon nicht "gleich", gerade weil biologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern sich auf das zu versichernde Risiko auswirken. Der EuGH ließ sich darauf jedoch nicht ein: Wenn das Unionsrecht vorgebe, dass Frauen und Männer gleich zu behandeln seien, dürfe diese Vorgabe nicht in Frage gestellt werden. Die Geschlechter seien also vielleicht nicht faktisch, aber doch de lege lata "gleich".

B. Sodann war die Frage, ob sich eine Ungleichbehandlung bei Versicherungsbeiträgen rechtfertigen lässt. Der EuGH meint, dass dies jedenfalls auf Dauer nicht der Fall sei. Er bemüht dazu das Prinzip der stufenweisen Angleichung der Rechte von Frauen und Männern, wie es ebenfalls im Unionsrecht verankert ist (Art. 3 III Unterabsatz 2 EUV und Art. 8 AEUV). Deshalb sei es nur noch für eine gewisse Zeit - laut EuGH noch bis 21.12.2012 - hinzunehmen, dass Frauen und Männer im Versicherungswesen in bestimmten Fällen ungleich behandelt werden.

Prüfungsrelevanz:

Da das Unionsrecht Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht genießt, hat die Entscheidung vorgreifliche Wirkung auch für das deutsche Recht. Man darf gespannt sein, wie der nationale Gesetzgeber und die Gerichte mit ihr umgehen werden. Allerdings ist angesichts der vom EuGH gewährten Galgenfrist bis Ende 2012 jedenfalls in naher Zukunft kaum damit zu rechnen, dass sich auf nationaler Ebene die Gesetzeslage oder die Rechtsprechung zur Zulässigkeit divergierender Versicherungsbeiträge von Frauen und Männern ändern werden.

Allerdings wirft die Entscheidung schon jetzt die Frage auf, ob Art. 3 II, III GG noch in gewohnter Weise geprüft werden kann. Bekanntlich vertritt das BVerfG seit Urzeiten (BVerfG, NJW 1954, 65) die Ansicht, dass sich eine Ungleichbehandlung der Geschlechter durch objektiv-biologische Unterschiede durchaus rechtfertigen lässt (man denke etwa an den Mutterschutz), obwohl eine solche Einschränkung im Grundgesetz nicht explizit vorgesehen ist. Dass auch die versicherungsrelevante längere Lebenserwartung von Frauen ein objektiv-biologischer Unterschied in diesem Sinne ist, dürfte kaum zu bezweifeln sein. Laut EuGH liegt darin aber kein tauglicher Rechtfertigungsgrund. Darf man die EuGH-Rechtsprechung also so verstehen, dass jedenfalls auf Dauer eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aus objektiv-biologischen Gründen aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben nicht mehr möglich sein soll? Es bleibt abzuwarten, wie BVerfG und Literatur hierauf reagieren werden. Einstweilen sollte allerdings Art. 3 II, III GG wie gewohnt geprüft und eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter jedenfalls nach nationalem Recht weiterhin für zulässig erklärt werden, wenn sie an objektiv-biologische Unterschiede anknüpft.

Vertiefungshinweise:

❑ Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts: *EuGH*, RA 2000, 61 = NJW 2000, 497; RA 2000, 65 = NJW 2000, 499 (jeweils: Frauen zur Bundeswehr); *BVerfGE* 84, 9 ff. (Gleichheit beim Familiennamen); *BVerfG*, RA 2005, 731 = DVBl 2006, 110 (Aufenthaltsrecht)

❑ Objektiv-biologische Unterschiede als Rechtfertigungsgrund: *BVerfGE* 37, 217; 74, 163; *VGH Kassel*, NJW 2004, 3649

❑ Zu den Gleichheitsgrundrechten: *BVerfG*, RA 2000, 468 = NJW 2000, 1939; *Michael*, JuS 2001, 866; *Pieroth/Görisch*, NWVBl 2001, 282

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs* : "Martina"

Leitsatz:
Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen ist mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 ungültig.

Sachverhalt:
Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Gültigkeit von Art. 5 II der Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. L 373, S. 37). [...]

A. Unionsrechtlicher Hintergrund
Diese Richtlinie wurde vom Rat auf der Grundlage des Art. 13 I EG erlassen. Sie lautet in Auszügen:

Art. 4:
(1) Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen,
a) dass keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, auch keine Schlechterstellung von Frauen aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft, erfolgen darf;
b) dass keine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgen darf. [...]

Art. 5:
(1) Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass spätestens bei den nach dem 21. Dezember 2007 neu abgeschlossenen Verträgen die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens und verwandter Finanzdienstleistungen nicht zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führt.
(2) Unbeschadet des Absatzes 1 können die Mitgliedstaaten vor dem 21. Dezember 2007 beschließen, proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Die betreffenden Mitgliedstaaten informieren die Kommission und stellen sicher, dass genaue Daten in Bezug auf die Berücksichtigung des Geschlechts als bestimmender versicherungsmathematischer Faktor erhoben, veröffentlicht und regelmäßig aktualisiert werden. Diese Mitgliedstaaten überprüfen ihre Entscheidung fünf Jahre nach dem 21. Dezember 2007, wobei sie dem in Artikel 16 genannten Bericht der Kommission Rechnung tragen, und übermitteln der Kommission die Ergebnisse dieser Überprüfung.
(3) Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen. [...]

B. Nationalrechtlicher Hintergrund
Im Königreich Belgien wurde diese Richtlinie durch Gesetz vom 21. Dezember 2007 umgesetzt. Art. 3 dieses Gesetzes ließ eine "proportionale unmittelbare Unterscheidung aufgrund des Geschlechts bei der Festlegung der Versicherungsprämien und -leistungen" zu, "wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist."

Diese Vorschrift findet in Belgien nur Anwendung auf Lebensversicherungsverträge.

C. Ausgangsverfahren
Die Kläger des Ausgangsverfahrens erhoben beim Verfassungsgerichtshof Klage auf Nichtigerklärung des Gesetzes vom 21. Dezember 2007, mit dem die Richtlinie 2004/113 in belgisches Recht umgesetzt wurde. Ihrer Ansicht nach verstößt das Gesetz gegen den Grundsatz der Gleichheit von Männern und Frauen.

D. Vorabentscheidungsverfahren
Soweit mit Art. 3 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 von der Ausnahmemöglichkeit des Art. 5 II der Richtlinie 2004/113 Gebrauch gemacht wird, hat der Verfassungsgerichtshof beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG vereinbar mit Art. 6 Abs. 2 EU und insbesondere mit dem durch diese Bestimmung gewährleisteten Gleichheits- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz?
2. Falls die erste Frage verneinend beantwortet wird: Ist derselbe Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie ebenfalls unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 EU, wenn seine Anwendung auf Lebensversicherungsverträge beschränkt wird?

Aus den Gründen:

A. Erste Frage
[15] Mit der ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 in Anbetracht des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern gültig ist.

I. Verbot der Geschlechterdiskriminierung im primären Unionsrecht

1. Durch Art. 6 EU i.V.m. 21, 23 EU-GR-Charta

[16] Art. 6 EU, auf den das vorlegende Gericht in seinen Fragen Bezug nimmt und der im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/113 genannt wird, bestimmte in seinem Abs. 2, dass die Union die Grundrechte achtet, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben. Diese Grundrechte sind in die Charta inkorporiert worden, die ab dem 1. Dezember 2009 rechtlich gleichrangig mit den Verträgen ist.

[17] Nach den Art. 21 und 23 der Charta sind zum einen Diskriminierungen wegen des Geschlechts verboten, und zum anderen ist die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen zu gewährleisten. Da im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/113 ausdrücklich auf diese Artikel Bezug genommen wird, ist die Gültigkeit von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie mit Blick auf diese Bestimmungen der Charta zu beurteilen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. November 2010, Volker und Markus Schecke und Eifert, C-92/09 und C-93/09, Slg. 2010, I-0000, Randnr. 46).

2. Durch Art. 157 I, 19 I AEUV

[18] Das Recht auf Gleichbehandlung von Frauen und Männern ist Gegenstand von Bestimmungen des AEU-Vertrags. Zum einen muss nach Art. 157 Abs. 1 AEUV jeder Mitgliedstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherstellen. Zum anderen kann nach Art. 19 Abs. 1 AEUV der Rat nach Zustimmung des Parlaments geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.

[19] Während Art. 157 Abs. 1 AEUV den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frauen und Männern in einem spezifischen Bereich aufstellt, stellt Art. 19 Abs. 1 AEUV eine Ermächtigung für den Rat dar, der, wenn er davon Gebrauch macht, u. a. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV beachten muss, nach dem die Union soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen bekämpft und soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes fördert, sowie Art. 8 AEUV, nach dem die Union bei allen ihren Tätigkeiten darauf hinwirkt, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.

II. Prinzip der stufenweisen Angleichung

[20] Bei der schrittweisen Verwirklichung dieser Gleichheit ist es der Unionsgesetzgeber, der unter Berücksichtigung der Aufgabe, die der Union mit Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV und Art. 8 AEUV übertragen worden ist, den Zeitpunkt seines Tätigwerdens bestimmt, wobei er der Entwicklung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse in der Union Rechnung trägt.

[21] Ist jedoch ein solches Tätigwerden beschlossen worden, muss es in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken, was nicht die Möglichkeit ausschließt, Übergangszeiten oder Ausnahmen begrenzten Umfangs vorzusehen.

[22] Wie es im 18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/113 heißt, war bei deren Erlass die Anwendung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren im Bereich des Versicherungswesens weit verbreitet.

[23] Folglich stand es dem Unionsgesetzgeber frei, den Grundsatz der Gleichheit von Frauen und Männern, genauer die Anwendung der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen, stufenweise mit angemessenen Übergangszeiten umzusetzen.

[24] In diesem Sinne hat der Unionsgesetzgeber in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113 vorgesehen, dass die Unterschiede bei den Prämien und Leistungen, die sich aus der Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei ihrer Berechnung ergeben, bis spätestens zum 21. Dezember 2007 abgeschafft werden mussten. [...]

III. Wesentlich Gleiches

[27] Der Rat äußert Zweifel daran, ob die Lage von versicherten Frauen und die von versicherten Männern im Rahmen bestimmter Privatversicherungszweige als vergleichbar angesehen werden können, da aus versicherungstechnischer Sicht bei der auf statistischer Grundlage stattfindenden Einordnung in Risikokategorien die Niveaus des versicherten Risikos bei Frauen und bei Männern unterschiedlich sein könnten. Er macht geltend, die in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 gewählte Option solle nur ermöglichen, unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichzubehandeln.

[28] Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist (vgl. Urteil vom 16. Dezember 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine u. a., C-127/07, Slg. 2008, I-9895, Randnr. 23).

[29] Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist im Licht des Zwecks und des Ziels der Unionsmaßnahme, die die fragliche Unterscheidung einführt, zu beurteilen (vgl. in diesem Sinne Arcelor Atlantique et Lorraine u. a., Randnr. 26). Hier wird diese Unterscheidung

mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 eingeführt.

[30] Es steht fest, dass das mit der Richtlinie 2004/113 im Versicherungssektor verfolgte Ziel, wie in ihrem Art. 5 Abs. 1 zum Ausdruck kommt, in der Anwendung der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen besteht. Im 18. Erwägungsgrund dieser Richtlinie heißt es ausdrücklich, dass zur Gewährleistung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen die Berücksichtigung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren nicht zu Unterschieden bei den Prämien und Leistungen führen sollte. Im 19. Erwägungsgrund der Richtlinie wird die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, die Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen nicht anzuwenden, als „Ausnahme" bezeichnet. Somit beruht die Richtlinie 2004/113 auf der Prämisse, dass für die Zwecke der Anwendung des in den Art. 21 und 23 der Charta verbürgten Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern die Lage von Frauen und die Lage von Männern in Bezug auf die Prämien und Leistungen der von ihnen abgeschlossenen Versicherungen vergleichbar sind.

IV. Ungleichbehandlung

[31] Damit besteht die Gefahr, dass die in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 vorgesehene Ausnahme von der Gleichbehandlung von Frauen und Männern nach dem Unionsrecht unbefristet zulässig ist.

V. Keine Rechtfertigung

[32] Eine solche Bestimmung, die es den betreffenden Mitgliedstaaten gestattet, eine Ausnahme von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen unbefristet aufrechtzuerhalten, läuft der Verwirklichung des mit der Richtlinie 2004/113 verfolgten Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwider und ist mit den Art. 21 und 23 der Charta unvereinbar.

[33] Die Bestimmung ist daher nach Ablauf einer angemessenen Übergangszeit als ungültig anzusehen.

VI. Ergebnis

[34] Nach alledem ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 ungültig ist.

B. Zweite Frage

[35] In Anbetracht dieser Antwort ist die zweite Vorlagefrage nicht zu beantworten.

Standort: Amtshaftung Problem: Drittbezogenheit gemeindlichen Einvernehmens

BGH, URTEIL VOM 16. 9. 2010
III ZR 29/10 (NVwZ 2011, 249)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob eine Gemeinde aus Amtshaftung und/oder enteignungsgleichem Eingriff haftet, wenn sie ihr Einvernehmen nach § 36 I BauGB rechtswidrig verweigert und dadurch ein Bauvorhaben verzögert.

A. Aus Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG kann der Staat nur in Anspruch genommen werden, sofern eine "einem Dritten gegenüber bestehende" Amtspflicht verletzt wird. Fraglich ist, ob die Entscheidung einer Gemeinde über Erteilung oder Versagung ihres Einvernehmens Drittschutz gegenüber dem Bauherrn entfaltet.

I. Der BGH hatte dies solange bejaht, wie die Baugenehmigungsbehörde an die Versagung des Einvernehmens gebunden war, m.a.W. die Baugenehmigung ohne Einvernehmen nicht erteilen durfte (BGHZ 118, 263 [265]; BGH, NVwZ 2006, 117).

II. Seit Inkrafttreten des BauROG 1998 besteht allerdings für die Bauaufsichtsbehörde die Möglichkeit, ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen zu ersetzen, § 36 II 3 BauGB. Der BGH hatte bisher offen gelassen, ob angesichts dessen eine Änderung der Rechtsprechung zum Drittbezug der Einvernehmenserteilung angezeigt ist, diese Frage aber nunmehr in dem Sinne entschieden, dass *kein* Drittschutz zugunsten des Bauherrn (mehr) bestehen soll. Dieser müsse sich allein an die Baugenehmigungsbehörde halten. Diese - nicht die Gemeinde - begehe ihm gegenüber eine Amtspflichtverletzung, wenn sie das rechtswidrig versagte Einvernehmen nicht ersetze, denn dazu sei sie nach § 36 II 3 BauGB nicht nur berechtigt, sondern im Lichte der Baufreiheit sogar verpflichtet.

B. Demgemäß liege auch kein Eingriff in Art. 14 I GG allein durch die Verweigerung des Einvernehmens durch die Gemeinde vor, mit der weiteren Folge, dass auch ein gewohnheitsrechtlicher Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff nur gegen die Baugenehmigungsbehörde in Betracht komme, die in rechtswidriger Verkennung ihres Ersetzungsrechts (genauer: ihrer Ersetzungspflicht) die Baugenehmigung nicht erteilt hat.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung bedarf in einigen Punkten der Klarstellung:

A. Sie ist natürlich nur dann relevant, wenn § 36 BauGB überhaupt zur Anwendung kommt, was nach ganz h.M. wiederum nur dann der Fall ist, wenn Ge-

meinde und Baugenehmigungsbehörde personenverschieden sind. Dies ist in den Ländern in aller Regel (nur) bei kleinen Gemeinden der Fall; diese sind häufig nicht selbst Baugenehmigungsbehörde, sondern die Landkreise (vgl. z.B. für NRW § 60 I Nr. 3 BauO NRW).

B. Dass die Baugenehmigungsbehörde ein rechtswidrig verweigertes Einvernehmen ersetzen muss, entspricht der h.M. (vgl. Jachmann, BayVBl 1995, 481 [482 f.]; a.A. aber OVG Lüneburg, RA 2008, 419 = NJOZ 2008, 2298), obwohl in § 36 II 3 BauGB "kann" steht. Der BGH tendiert ebenfalls stark zu dieser Ansicht, wobei er dies ausführlich begründet (insbesondere unter Hinweis auf die Baufreiheit des Bauherrn). Ob man - wie der BGH - von einer "Ermessensreduzierung auf null" spricht (so auch z.B. Desens, DÖV 2009, 197 [203 f.]) oder schon von allem Anfang an kein Ermessen gewährt (so z.B. Dippel, NVwZ 1999, 921 [924]), spielt dann keine Rolle mehr.

C. Jedenfalls wenn man mit der h.M. davon ausgeht, dass die Baugenehmigungsbehörde das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen ersetzen *muss*, bedeutet die vorliegende BGH-Entscheidung für den Bauherrn i.E. keinen Nachteil. Er kann sich mit seinen Ansprüchen aus Amtshaftung und enteignungsgleichem Eingriff zwar nicht an die Gemeinde, wohl aber an die Baugenehmigungsbehörde halten. Diese haftet für die Nichtersetzung des Einvernehmens ebenso, wie die Gemeinde für die Nichterteilung des Einvernehmens gehaftet hätte.

Vertiefungshinweise:

❑ Urteilsanmerkungen: *Schlarmann/Krappel*, NVwZ 2011, 215

❑ Ermessen bei § 36 II 3 BauGB: *OVG Lüneburg*, BauR 2005, 679, 681; *VG Frankfurt*, NVwZ-RR 2001, 371 (beide bejahend); *OVG Koblenz*, BRS 60 Nr. 91; *Dippel*, NVwZ 1999, 921, 924; *Groß*, BauR 1999, 560, 570 (alle verneinend)

❑ Zur VA-Qualität der Erteilung bzw. Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens: *BVerwGE* 28, 145; *BGHZ* 65, 182, 185

❑ Rechtsschutz einer Gemeinde gegen ohne Einvernehmen erteilte Baugenehmigung: *BVerwG*, NVwZ 1986, 556; BauR 1988, 694; *BayVGH*, RA 2005, 137 = NVwZ-RR 2005, 56; RA 2001, 313 = NVwZ-RR 2001, 364

❑ Amtshaftung der Gemeinde für rechtswidrig versagtes Einvernehmen: *BGH*, RA 2006, 133 = BayVBl 2006, 160 (nunmehr überholt)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das Einvernehmen nehmen"

❑ *Examenskurs:* "Die vergessene Motorsäge"

Leitsatz:

Im Baugenehmigungsverfahren obliegen der Gemeinde bei der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 I BauGB keine den Bauwilligen schützenden Amtspflichten, wenn die Baugenehmigungsbehörde nach § 36 II 3 BauGB in Verbindung mit landesrechtlichen Vorschriften das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen ersetzen kann.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche des Kl. wegen eines verweigerten Einvernehmens des bekl. Markts (Gemeinde) in einem Baugenehmigungsverfahren.

Im September 2001 beantragte der Kl. beim Landratsamt S.-B. die Baugenehmigung für einen im Außenbereich gelegenen Neubau eines Schweinestalles mit 1489 Mastschweinplätzen im Gemeindeteil O. des Bekl. Dieser verweigerte sein Einvernehmen i. S. des § 36 BauGB, weil weder die Wasserversorgung noch die Abwasserbeseitigung gesichert seien und das zur Bebauung vorgesehene Grundstück in der Nähe eines Waldes und eines Bodendenkmals liege. Daraufhin lehnte das Landratsamt S.-B. im Februar 2002 den Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung unter Hinweis auf das Fehlen des gemeindlichen Einvernehmens ab. Dabei sah es von dessen Ersetzung ab.

Daraufhin erhob der Kl. Klage auf Erteilung der Baugenehmigung beim VG Regensburg. Dieses hob den ablehnenden Bescheid durch Urteil vom 20.1.2004 auf und verpflichtete das Landratsamt, den Bauantrag nach der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Das Bauvorhaben des Kl. sei planungsrechtlich zulässig, so dass der Bekl. sein Einvernehmen rechtswidrig verweigert habe. Im März 2004 erteilte das Landratsamt S.-B. die beantragte Baugenehmigung bei gleichzeitiger Ersetzung des Einvernehmens des Bekl. nach Art. 74 BayBauO a. F.

Der Kl. macht geltend, dass ihm durch die verzögerte Erteilung der Genehmigung, deren Ursache das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen des Bekl. gewesen sei, ein Schaden in Höhe von 144.789,25 Euro entstanden sei. Bei rechtmäßigem Verhalten des Bekl. wäre die Baugenehmigung bereits im Februar 2002 erteilt worden. Unter Berücksichtigung der Bauzeit hätten die von ihm geplanten Ställe bereits ab Juni 2003 und nicht erst ab Juni 2005 genutzt werden können.

Das LG hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die gegen das Grundurteil eingelegte Berufung des Bekl. hat Erfolg gehabt. Die vom OLG zugelassene Revision des Kl. wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

[6] Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Entscheidung des Berufungsgerichts

[7] Das BerGer. hat einen Anspruch aus Amtshaftung und aus enteignungsgleichem Eingriff verneint.

I. Amtshaftung

Dem Bekl. habe bei der Versagung seines Einvernehmens nach § 36 BauGB keine drittschützende Amtspflicht hinsichtlich des Kl. obgelegen. Die Versagung stelle keinen unmittelbaren Eingriff in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition des Kl. dar. Zwar sei die Verweigerung des Einvernehmens durch den Bekl. rechtswidrig gewesen. Dieses Einvernehmen stelle aber ein reines Verwaltungsinternum dar, das nach § 36 II 3 BauGB i. V. mit Art. 74 BayBauO a. F. ersetzt werden könne. Außenwirkung komme dem Verwaltungshandeln erst mit der genehmigenden oder versagenden Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde zu. Dem stehe nicht entgegen, dass Art. 74 BayBauO a. F. als Ermessensvorschrift ausgestaltet sei. Das Ermessen der Genehmigungsbehörde sei nämlich auf Null reduziert, wenn das Einvernehmen angesichts der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens nicht hätte versagt werden dürfen.

II. Enteignungsgleicher Eingriff

Mangels eines unmittelbaren Eingriffs des Bekl. in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition des Kl. scheide auch ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff aus.

B. Entscheidung des BGH

[8] Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision stand.

I. Amtshaftung

[9] Dem Kl. steht gegen den Bekl. kein Anspruch auf Schadensersatz nach § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG zu.

[10] Die rechtswidrige Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 I 1 BauGB stellt hier keine Amtspflichtverletzung des Bekl. gegenüber dem Kl. dar.

1. Früher: Drittbezogenheit des § 36 BauGB

[11] Nach der Rechtsprechung des Senats zu § 36 BauGB in der bis zum Inkrafttreten des Bau- und Raumordnungsgesetzes 1998 vom 18. 8. 1997 (BGBl I 1997, 2081) geltenden Fassung – durch dieses Gesetz ist in § 36 II BauGB der neue Satz 3 eingefügt worden – kommt eine Amtspflichtverletzung der das Einvernehmen versagenden Gemeinde in Betracht, wenn dies Bindungswirkung für die Baugenehmigungsbehörde hat.

Der auf der Planungshoheit beruhenden Beteiligung der Gemeinde am Baugenehmigungsverfahren kann nämlich im Falle der Versagung des Einvernehmens eine für den Bauwilligen ausschlaggebende Bedeutung zukommen, wenn die Baugenehmigungsbehörde nach der Rechtslage gehindert ist, eine Baugenehmigung auszusprechen, solange die Gemeinde ihr Einvernehmen nicht erklärt hat (übereinstimmende Rspr. des BVerwG und des BGH; vgl. z. B. BVerwGE 22, 342 [345 ff.] = NJW 1966, 513; BVerwG, NVwZ-RR 1992, 529 = UPR 1992, 234 [235]; Senat, BGHZ 65, 182 [186] = NJW 1976, 184; BGHZ 99, 262 [273] = NJW 1987, 1320 = NVwZ 1987, 531 L; BGHZ 118, 263 [265] = NJW 1992, 2691 = NVwZ 1992, 1122 L; BGH, NVwZ 2006, 117).

Vereitelt oder verzögert die Gemeinde durch eine unberechtigte Versagung des Einvernehmens ein planungsrechtlich zulässiges Bauvorhaben, so berührt dies – sei es auch nur mittelbar – notwendig und bestimmungsgemäß die Rechtsstellung des Bauwilligen. Dies genügt, um eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem Bauwilligen als einem geschützten "Dritten" i. S. des § 839 I 1 BGB zu bejahen. Dessen Interessen werden durch die Amtspflicht, das Einvernehmen nicht zu verweigern, wenn das Bauvorhaben nach den §§ 31, 33, 34 oder 35 BauGB zulässig ist, in individualisierter und qualifizierter Weise geschützt (Senat, BGHZ 65, 182 [184 ff.] = NJW 1976, 184; seither st. Rspr. BGHZ 118, 263 [265 f.] = NJW 1992, 2691 = NVwZ 1992, 1122 L m. w. Nachw.).

2. Heute: Keine Drittbezogenheit wegen Ersetzungspflicht durch Baugenehmigungsbehörde

[12] Im vorliegenden Fall besteht die bislang in der Senatsrechtsprechung noch nicht beurteilte Besonderheit, dass nach § 36 II 3 BauGB i. V. mit Art. 74 I BayBauO a. F. das rechtswidrig versagte aber erforderliche Einvernehmen durch die Baugenehmigungsbehörde, die nicht zugleich die Gemeinde ist, ersetzt werden konnte. Offengelassen hat der Senat bisher, ob in einem solchen Fall eine Amtshaftung der Gemeinde in Betracht kommt, wenn – wie hier – die Baugenehmigungsbehörde davon absieht, das verweigerte gemeindliche Einvernehmen zu ersetzen (vgl. Senat, NVwZ 2008, 815 [816]). Diese nunmehr entscheidungserhebliche Frage ist zu verneinen (zustimmend für eine Amtshaftung allein der Baugenehmigungsbehörde Staudinger/Wurm, BGB, Neubearb. 2007, § 839 Rdnr. 606; Desens, DÖV 2009, 197 [205]; Klinger, BayVBl 2002, 481 [484 f.]; Lasotta, Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB, 1998, S. 218 f.; so wohl auch Groß, BauR 1999, 560 [571]; a. A. de Witt/Krohn, in: Hdb. d. öffentlichen BauR, 12. Erg.-Lfg., M Rdnr. 97; Herrmann, KommJur 2004, 286 [288]; Dolderer, BauR 2000, 491 [498 f.], wonach sich durch die Einführung der Ersetzungsbefugnis die Maßstäbe für die Haftung der Gemeinde nicht geändert haben sollen).

a. Alleinige Haftung der (nicht ersetzenden) Baugenehmigungsbehörde

[13] Soweit der Baugenehmigungsbehörde die Befugnis eingeräumt ist, das versagte gemeindliche Einvernehmen zu ersetzen, wird ihre Prüfungs- und Entscheidungskompetenz erweitert. Sie umfasst nicht nur die Frage, ob ein gemeindliches Einvernehmen erforderlich ist, sondern auch, ob die Verweigerung der Gemeinde rechtswidrig ist. Die Bindungswirkung der negativen Entscheidung der Gemeinde für die Baugenehmigungsbehörde ist aufgehoben. Die Behörde ist mithin nicht mehr unter Umständen gezwungen, den Antrag auf Genehmigung eines an sich genehmigungsfähigen Bauvorhabens sehenden Auges allein wegen des rechtswidrig verweigerten Einvernehmens abzulehnen. Der maßgebliche Grund für die Annahme einer drittgerichteten Amtspflicht seitens der Gemeinde bei der Entscheidung über die Erteilung des Einvernehmens und damit ihrer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit zum Bauherren – die Bindungswirkung ihrer Versagung für die Baugenehmigungsbehörde, obschon es sich bei dem gemeindlichen Einvernehmen nur um ein Verwaltungsinternum handelt – ist entfallen (vgl. Staudinger/Wurm, § 839 Rdnr. 606).

b. Keine gesamtschuldnerische Mithaftung der Gemeinde

[14] Ein Bedürfnis dafür, die der Gemeinde bei ihrer Entscheidung über die Erteilung des Einvernehmens obliegenden Amtspflichten trotz fehlender Bindungswirkung gleichwohl als drittgerichtet anzusehen und so auch weiterhin eine (Mit-)Haftung der Gemeinde für möglich zu halten, lässt sich auch nicht aus dem Umstand herleiten, dass § 36 II 3 BauGB und der vorliegend noch anwendbare § 74 I BayBauO i. d. F. der Bekanntmachung vom 4. 8. 1997 (GVBl S. 433) als Kann-Vorschriften ausgestaltet sind.

aa. Kein Ermessen bei Ersetzungsentscheidung

Insoweit spricht bereits vieles dafür, dass es sich bei diesen Vorschriften um bloße Befugnisnormen handelt, bei denen auf der Rechtsfolgenseite kein Ermessen besteht, sondern eine gebundene Entscheidung zu treffen ist (in diesem Sinne Roeser, in: Berl-Komm-BauGB, Stand: September 2007, § 36 Rdnr. 14; Klinger, BayVBl 2002, 481 [483]; Dolderer, BauR 2000, 491 [498]; Horn, NVwZ 2002, 406 [414]; Dippel, NVwZ 1999, 921 [924]; so wohl auch Groß, BauR 1999, 560 [570]).

bb. Jedenfalls Ermessensreduzierung auf null

Zudem hat der Bauwillige, dessen Vorhaben mit den materiell-rechtlichen Vorschriften in Einklang steht, einen durch Art. 14 GG geschützten Anspruch gegenüber der Baugenehmigungsbehörde auf Erteilung der Baugenehmigung (Senat, BGHZ 65, 182 [186] = NJW 1976, 184; BGHZ 170, 260 = NJW 2007, 830 Rdnrn. 33 f m. w. Nachw.). Hiermit wäre es nicht in Einklang zu bringen, wenn die Baugenehmigungsbehörde unter Berufung auf ein ihr eingeräumtes Ermessen die rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens durch die Gemeinde nicht ersetzen und deshalb mit der Ablehnung des Bauantrags rechtswidrig in das Eigentumsrecht des Bauwilligen eingreifen dürfte (Ermessenreduzierung auf Null, Desens, DÖV 2009, 197 [203 f]; Jachmann, BayVBl 1995, 481 [482 f.]; deWitt/Krohn, M Rdnr. 95; Lasotta, S. 209; ders. – allerdings zurückhaltender [Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung] – BayVBl 1998, 609 [615]; vgl. auch Lechner, in: Simon/Busse, BayBauO, 87. Erg.-Lfg. 2007, Art. 74 Rdnr. 61: Ermessenreduzierung auf Null in besonders gelagerten Fällen; ähnlich VG Frankfurt a. M., NVwZ-RR 2001, 371; Schrödter/Rieger, BauGB, 7. Aufl., § 36 Rdnr. 23: bei offenkundig rechtswidriger Versagung ist Ersetzung "intendiert"; von einem größeren Entscheidungsspielraum der Behörde gehen insbesondere aus Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand: Dezember 2006, § 36 Rdnr. 41; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl., § 36 Rdnr. 13; zur Frage, inwieweit die Gemeinde einen Ermessensfehlgebrauch beanstanden kann: VGH München, ZfBR 2006, 684 [585 f.]; OVG Lüneburg, BauR 2005, 679 [681 f.]; Jäde, KommJur 2005, 368 [371 f.]).

[15] Es besteht daher nicht die Gefahr, dass der durch die rechtswidrige Versagung des gemeindlichen Einvernehmens entstandene Schaden deshalb nicht zu erstatten ist, weil die Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde, das Einvernehmen nicht zu ersetzen, gleichwohl als ermessensfehlerfrei und damit als nicht amtspflichtwidrig einzustufen ist.

3. Obiter dictum: Gebrauch von (unbegründeten) Rechtsbehelfen durch Gemeinde kann (eigenständige) Amtspflichtverletzung sein

[16] Weiterhin besteht aus Sicht des geschädigten Bürgers auch keine Notwendigkeit, wegen etwaiger Verzögerungsschäden, die der Bauaufsichtsbehörde haftungsrechtlich nicht zugerechnet werden können, die Amtspflichten der Gemeinde als drittgerichtet zu qualifizieren. Nach § 36 II 2 BauGB gilt das Einvernehmen der Gemeinde als erteilt, wenn es nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde oder nach Einreichung des Bauantrags – sofern dieser nach Landesrecht bei der Gemeinde und nicht bei der Genehmigungsbehörde einzureichen ist – verweigert wird. Durch diese der Beschleunigung des Baugenehmigungsverfahrens dienende Vorschrift ist sichergestellt, dass die Entscheidung über die Verweigerung des Einvernehmens zeitnah nach Stellung des Baugesuchs getroffen wird. Verweigert die Gemeinde das Einvernehmen, kann die

Rechtmäßigkeit der Verweigerung – und damit die Frage, ob das Einvernehmen zu ersetzen ist – im Rahmen der ohnehin von der Bauaufsichtsbehörde anzustellenden Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen mitgeprüft werden. Zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen kann es eigentlich nur dann kommen, wenn die Gemeinde gegen die trotz der Verweigerung des Einvernehmens erteilte Baugenehmigung mit einem Rechtsbehelf vorgeht. Durch die Ergreifung eines solchen Rechtsbehelfs wird jedoch der Bereich des bloßen Verwaltungsinternums verlassen. Insoweit gilt der in der Rechtsprechung des Senats anerkannte Grundsatz, dass der Gebrauch von Rechtsmitteln zur Durchsetzung rechtswidriger oder zur Verhinderung rechtmäßiger behördlicher oder gerichtlicher Beschlüsse oder Entscheidungen eine selbstständige Amtspflichtverletzung der das Rechtsmittel einlegenden Körperschaft zum Nachteil des von dem Rechtsmittel nachteilig betroffenen Bürgers darstellen kann (s. Staudinger/Wurm, § 839 Rdnr. 607). [...]

II. Enteignungsgleicher Eingriff

Dem Kl. steht auch kein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff gegen den Bekl. zu. Wie bereits ausgeführt, stellt sich die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens wegen der gesetzlich vorgesehenen Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde als behördeninterner Vorgang ohne Bindungswirkung für die Baugenehmigungsbehörde dar. Das hat zur Konsequenz, dass der Eingriffstatbestand allein im außengerichteten Handeln der Baugenehmigungsbehörde, nämlich in der Ablehnung des Bauantrags und der unterlassenen Ersetzung des Einvernehmens, zu erblicken ist und diese auch im Hinblick auf das Institut des enteignungsgleichen Eingriffs alleinverantwortlich ist (Staudinger/Wurm, § 839 Rdnr. 452).

Standort: Parteienrecht Problem: Zugang zu gemeindlicher Einrichtung

OVG MAGDEBURG, BESCHLUSS VOM 05.11.2010
4 M 221/10 (NVwZ-RR 2011, 150)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinde eine öffentliche Einrichtung (hier: "Bürgerhaus") an eine politische Partei (hier: NPD) überlassen muss.

A. Nach den Gemeindeordnungen der Länder steht zunächst allen Einwohnern ein Zugangsanspruch zu, wobei Einwohnern regelmäßig juristische Personen und Personenvereinigungen gleichgestellt sind, die in der Gemeinde ihren Sitz haben (hier: gem. § 22 I, III GO LSA). Für eine politische Partei wird als "Sitz" in der Gemeinde regelmäßig ausrechen, dass sie über einen Ortsverband verfügt, der als Veranstalter auftritt.

B. Wie aber, wenn es - wie im vorliegenden Fall - an einem solchen Ortsverband fehlt? Dann kommt lediglich ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit anderen Parteien aus § 5 I ParteiG i.V.m. Art. 3 I und 21 GG in Betracht: Stellt eine Gemeinde Parteien Einrichtungen zur Verfügung, muss sie grds. alle Parteien gleich behandeln. Differenzierungen sind nur aus sachlichen Gründen möglich.

I. Dass ein solcher "sachlicher Grund" nicht in der angeblichen Verfassungswidrigkeit einer vom BVerfG noch nicht verbotenen (Art. 21 II 2 GG) Partei liegen kann, sollte mittlerweile allgemein bekannt sein, wird von den Gemeinden aber immer wieder missachtet (vgl. zuletzt OVG Saarlouis, RA 2009, 462 = NVwZ-RR 2009, 533).

II. Ein sachlicher Differenzierungsgrund kann sich allerdings aus dem Widmungszweck ergeben. Stand die Einrichtung bspw. bisher nur für regionale Veranstaltungen zur Verfügung, wird man darin einen sachlichen Grund sehen können, die Überlassung für einen Bundesparteitag abzulehnen.

III. Stand die Einrichtung allerdings in der Vergangenheit auch überregionalen Parteiveranstaltungen offen, so kann nach Ansicht des OVG Magdeburg kein sachlicher Differenzierungsgrund darin liegen, ob die Partei über einen Ortsverband in der Gemeinde verfügt oder nicht. Diese Ansicht überzeugt, liegt die Funktion des derivativen Teilhabeanspruchs aus § 5 I ParteiG i.V. mit Art. 3 I und 21 GG doch gerade darin, den originären Zugangsanspruch der Ortsansässigen aus der Gemeindeordnung aus Gleichheitsgründen auf alle Parteien zu erweitern, wenn die Gemeinde ihre Einrichtung entsprechend gewidmet hat.

Prüfungsrelevanz:

Zugangsansprüche zu öffentlichen Einrichtungen sind häufig Gegenstand von Examensaufgaben, speziell wenn es sich beim Antragsteller um eine politisch rechtsgerichtete Partei handelt. Vielfach wird es sich prozessual um Eilanträge nach § 123 I VwGO auf Überlassung handeln. In der Begründetheit eines solchen Antrags ist - ebenso wie in der Hauptsache - nach einem Anspruch zu fragen. Vorrangig sollte die originäre Zugangsanspruchsnorm aus der Gemeindeordnung erwogen werden. Kommt diese mangels Einwohnereigenschaft nicht in Betracht, ist als zweites an § 5 I ParteiG i.V.m. Art. 3 I und 21 GG zu denken. Diesbezüglich sollte man sich merken, dass es dann auf die Einwohnereigenschaft gerade nicht mehr ankommt. Es ist vielmehr allein danach zu fragen, ob die Gemeinde

die Einrichtung zu einem ähnlichen Zweck bereits anderen Parteien überlassen und durch diese (konkludente) Widmung selbst einen Anspruch auf Gleichbehandlung eröffnet hat.

Vertiefungshinweise:

❑ Überlassung gemeindlicher Einrichtungen an die NDP: *OVG Münster*, NVwZ-RR 1991, 508; *Ennaschat*, NVwZ 1990, 333

❑ Versammlung eines ortsansässigen Veranstalters mit ortsfremden Besuchern: *OVG Münster*, NJW 1976, 820

❑ NPD-Verbotsverfahren: *BVerfG*, RA 2003, 141 = NVwZ 2003, 1249

❑ Zugang zu öffentlicher Einrichtung: *VG Düsseldorf*, RA 2004, 3 = NWVBl 2004, 33; *VG München*, RA 1999, 656 = NVwZ 1999, 1122

❑ Zur Unterscheidung zwischen Gleichbehandlungsansprüchen allein auf kommunalrechtlicher Grundlage einerseits und aus § 5 I 1 PartG andererseits: *OVG Lüneburg*, NordÖR 2007, 164

❑ Verbot rechtsgerichteter Versammlungen: *BVerfG*, RA 2004, RA 2004, 613 = NJW 2004, 1618; RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409; 2001, 2072; NVwZ-RR 2000, 554 gegen *OVG Münster*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 2113; DVBl 2001, 584

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Waffen-SS"

❑ *Examenskurs:* "Kein Platz auf der Kirmes"

❑ *Assessorkurs* : "Fieser Verein"

Leitsatz:

Die Differenzierung bei der Überlassung einer gemeindlichen Einrichtung an eine Partei danach, ob die Partei über einen Ortsverband in der Gemeinde verfügt, ist mit § 5 PartG nicht vereinbar.

Sachverhalt:

Die vom VG zur Überlassung ihres Bürgerhauses an die Ast. verpflichtete Ag. machte mit ihrer Beschwerde vorrangig geltend, dass entgegen der Auffassung des VG ein Anspruch der Ast. auf Benutzung des Bürgerhauses nicht bestehe, weil ihre Vergabepraxis gegenüber politischen Parteien allein auf Veranstaltungen mit regionalem Charakter beschränkt sei und damit der nicht ortsansässigen Ast. - zur Durchführung ihres Bundesparteitages - ein Anspruch auf Zur-Verfügung-Stellung des Bürgerhauses nicht zustehe. Die Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Ast. hat einen Anspruch auf Überlassung der in Rede stehenden Räumlichkeiten des Bürgerhauses der Antragsgegnerin.

A. Öffentliche Einrichtung

Bei dem „Bürgerhaus" handelt es sich (unstreitig) um eine öffentliche Einrichtung der Ag.

B. Benutzung im Rahmen der Widmung

Ob die Ast. für die Durchführung ihres Bundesparteitages einen gesetzlichen Anspruch auf Zulassung zu dieser öffentlichen Einrichtung aus § 5 I ParteiG i. V. mit Art. 3 I und III, 21 GG auf Benutzung dieser öffentlichen Einrichtung hat, bestimmt sich wiederum danach, ob sich die beabsichtigte Nutzung im Rahmen der Zweckbestimmung der Einrichtung hält.

I. Benutzungsordnung

In diesem Zusammenhang lassen sich der „Benutzungsordnung für das Bürgerhaus" der Ag. Aussagen über den Zweck dieser Einrichtung und deren Widmungsumfang nicht entnehmen.

II. Konkludente Widmung

Ungeachtet der Bedeutung des in der "Entgeltordnung im Rahmen der Benutzung des Bürgerhauses A." für "Parteien" vorgesehenen Tatbestandes ist der maßgebliche Widmungsrahmen jedenfalls aus der bisherigen Nutzungs- und Überlassungspraxis der Ag. in Form einer konkludenten Widmung (vgl. hierzu: VGH München, Beschl. v. 6. 8. 2008 - 4 CE 08.2070) zu entnehmen.

1. Überregionaler Bezug

Hieraus folgt, dass die Ag. ihr "Bürgerhaus" bislang in insgesamt 13 Fällen für parteipolitische Veranstaltungen zur Verfügung gestellt hat. Daraus folgt gem. § 5 I 1 PartG i. V. mit Art. 3 und 21 GG ein Anspruch der nicht verbotenen Ast. auf Überlassung des "Bürgerhauses" zum Zwecke der Durchführung ihres Bundesparteitages. Soweit demgegenüber der Vortrag der Ag. auf eine Beschränkung des Widmungszwecks auf „ausschließlich regional bestimmte" (parteipolitische) Veranstaltungen zielt und sie daraus folgert, dass die in Rede stehende Veranstaltung der Ast. damit den Rahmen der so bestimmten Widmung nicht einhält, wird sie schon durch die von ihr selbst eingereichte Aufstellung der in der Vergangenheit durchgeführten (parteipolitischen) Veranstaltungen widerlegt. Darin finden sich Versammlungen wie "Wahlkampfveranstaltung SPD Land", "Veranstaltung Landtagswahl PDS" und "Tagung CDU Landesverband Sachsen-Anhalt". Diese Veranstaltungen gehen ersichtlich über eine allein regionale Ausrichtung und Auswirkung hinaus.

2. Keine Beschränkung auf Ortsverbände

Die Ag. kann eine Widmungsbeschränkung zulässigerweise auch nicht daran knüpfen, dass bei den bislang durchgeführten Veranstaltungen die jeweilige Partei über einen Ortsverband im Gebiet der Ag. verfügte und dies bei der Ast. gerade nicht der Fall ist. Diese Differenzierung in der Behandlung der Parteien ist mit der in § 5 PartG getroffenen Regelung nicht vereinbar. Danach sollen für den Fall, dass ein Träger öffentlicher Gewalt Parteien Einrichtungen zur Verfügung stellt oder andere öffentliche Leistungen gewährt, alle Parteien gleich behandelt werden. Mit der Einschränkung, das „Bürgerhaus" nur im Gemeindegebiet „ortsansässigen" Parteien zu überlassen, werden Parteien, die im Gebiet der Ag. noch keinen Ortsverband gegründet haben, benachteiligt. Das Kriterium der „Ortsansässigkeit" stellt im Zusammenhang mit der Überlassung der hier in Rede stehenden öffentlichen Einrichtung keinen sachlichen Grund für eine Differenzierung zwischen den Parteien dar.

3. Kein zulässiger Einwand organisatorischer Probleme

Das Vorbringen der Ag., die groß dimensionierte Veranstaltung werde für einen Teil der Bevölkerung zu einer massiven Einschränkung der persönlichen Bewegungsfreiheit führen, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Die Ast. beansprucht eine – von der Ag. auch vorgehaltene – Raumkapazität von 400 Sitzplätzen. Die Einrichtung der Ag. ist deshalb schon vom Ansatz her auf einen erheblichen Teilnehmerkreis ausgelegt, der auch schon in der Vergangenheit insbesondere zu einem beträchtlichen Verkehrsaufkommen und – als Folge – zu Verkehrsproblemen geführt haben dürfte. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Ag. nicht in der Lage sein soll – auch mit Blick auf die zu erwartenden Demonstrationen –, insbesondere Belange der Einwohner etwa durch verkehrsregelnde Maßnahmen hinreichend sicherzustellen. Dass Veranstaltungen dieser Größenordnung in einer kleineren Gemeinde zu vielfältigen Problemen führen, wird nicht verkannt, vermag jedoch den Überlassungsanspruch der Ast. nicht infrage zu stellen.

Der Einwand der Ag., personell wegen eines Einsatzes der beiden hierfür zuständigen Mitarbeiter am 5. 11. 2010 nicht in der Lage zu sein, die von der Ast. geplante Veranstaltung organisatorisch und logistisch in ausreichender Weise zu betreuen und zu begleiten, greift ebenfalls nicht durch. Es ist nicht nachvollziehbar, dass es der Ag. durch ihr zumutbare personalwirtschaftliche Maßnahmen nicht gelingen soll, die Veranstaltung (mit) durchzuführen. Auch insoweit dürfte es in der Vergangenheit jedenfalls im Ansatz vergleichbare (Groß-)Veranstaltungen gegeben haben, bei denen das von der Ag. gestellte Personal einen reibungslosen Ablauf gewährleisten konnte.

Standort: Verwaltungsakt — Problem: Bekanntgabe von Verkehrszeichen

BVERWG, URTEIL VOM 23.09.2010
3 C 37/09 (NJW 2011, 246)

Problemdarstellung:

Die Frist für einen Widerspruch beginnt nach § 70 I 1 VwGO mit "Bekanntgabe" des Verwaltungsakts, ebenso die Klagefrist nach § 74 I 2 VwGO, wenn ein Vorverfahren nach § 68 VwGO entbehrlich ist. Seit vielen Jahren ist umstritten, was genau dies für Verkehrszeichen bedeutet. Hierzu nahm das BVerwG nun Stellung:

A. Vorausgeschickt sei, dass Verkehrszeichen nach heute ganz h.M. und st.Rspr. des BVerwG Verwaltungsakte in Form von Allgemeinverfügungen nach § 35 S. 2 VwVfG sind (BVerwGE 27, 181 [182]; 59, 221 [224]). Somit sind Widerspruch und Anfechtungsklage gegen sie statthaft.

B. Beginnen deren Fristen mit "Bekanntgabe", so stellt sich die Frage, wann ein Verkehrszeichen bekannt gegeben wird. Auch hierzu gibt es eine st.Rspr. des BVerwG, wonach das Verkehrszeichen mit (ordnungsgemäßem) Aufstellen bekannt gegeben wird (BVerwGE 102, 316 [318]). Dies leitet sich aus § 45 IV StVO e contrario ab, wonach die "Bekanntgabe" von Verkehrsregelungen auch auf andere Weise erfolgen darf, wenn ein "Aufstellen" von Verkehrszeichen nicht rechtzeitig möglich ist. Damit tritt das BVerwG Mindermeinungen entgegen, die auf den Zeitpunkt der erstmaligen Kenntnisnahmemöglichkeit abstellen wollen, der regelmäßig im erstmaligen Passieren des Verkehrszeichens durch den Verkehrsteilnehmer liegen wird (wobei dann wieder umstritten ist, ob jedes neue Passieren eine neue Bekanntgabe darstellt, vgl. zu allem Bitter/Konow, NJW 2001, 1386).

C. Danach sollte es eigentlich einfach sein: Liegt im "Aufstellen" die "Bekanntgabe", beginnen in diesem Moment auch die Fristen der §§ 70 I 1, 74 I 2 VwGO zu laufen.

D. Nachteil dieser Ansicht ist natürlich, dass diese Fristen verstreichen können, ohne dass der betroffene Verkehrsteilnehmer überhaupt die Chance hatte, sich gegen das Verkehrszeichen zu wehren, wenn er es erst einige Jahre später zum ersten Mal passiert (z.B. nach dem Umzug in eine andere Stadt). Deshalb verfällt das BVerwG im vorliegenden Urteil in einen gewagten Spagat: "Bekanntgabe" soll weiterhin der Zeitpunkt des Aufstellens sein, Fristbeginn bei §§ 70 I 1, 74 I 2 VwGO aber erst der Zeitpunkt des erstmaligen Passie-

rens durch den Betroffenen! Begründet wird dies nur knapp mit Art. 19 IV GG: Die Garantie effektiven Rechtsschutzes gebiete dergleichen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung berührt die im Examen so häufigen "Abschleppfälle", in denen nicht selten ein Verkehrsschild als zu vollstreckender Grundverwaltungsakt dient, wohl nur am Rande. Das BVerwG hält nämlich explizit an der Bekanntgabe durch Aufstellen fest. Somit liegt nach wie vor bereits mit ordnungsgemäßem Aufstellen des Verkehrszeichens ein wirksamer Grundverwaltungsakt vor, gleichgültig, ob der Betroffene Kenntnis davon nehmen konnte oder nicht (erst recht ist die tatsächliche Kenntnisnahme irrelevant).

Lediglich eine Unanfechtbarkeit des Verkehrszeichens, für dies es ja auf den Ablauf der Rechtsbehelfsfrist ankommt, wird nun noch seltener vorliegen. Verkehrszeichen werden aber ohnehin nach § 80 II Nr. 2 VwGO analog behandelt wird, mit der Folge, dass Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben, Verkehrszeichen also unabhängig von ihrer Unanfechtbarkeit vollstreckbar sind.

Für den - im Examen sicherlich wesentlich selteneren - Fall der Anfechtung von Verkehrszeichen ist der geänderte Fristbeginn allerdings entscheidend. Diesbezüglich empfiehlt es sich, das BVerwG-Urteil nicht kritiklos zu übernehmen, zumal es von der Rspr. mehrerer Obergerichte abweicht (vgl. Vertiefungshinweise). Das Auseinanderfallen von Bekanntgabe und Fristbeginn ist angesichts des eindeutigen Wortlauts der §§ 70 I 1, 74 I 2 VwGO in der Tat bedenklich. Auch mit Blick auf Art. 19 IV GG hätte man anders helfen können: Erstens läuft ohnehin nie die Monatsfrist, sondern mangels Rechtsmittelbelehrung immer die Jahresfrist des § 58 II VwGO. Ist auch diese noch verstrichen, kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 60 VwGO in Betracht, denn die Fristversäumnis wäre offensichtlich unverschuldet, wenn der Verkehrsteilnehmer von dem Verkehrszeichen vor Fristablauf noch nichts wissen konnte. Daraus gewinnt man mindestens ein weiteres Jahr (§ 60 III VwGO). Selbst danach hätte es sich eher angeboten, die Wiedereinsetzungsvorschrift extensiv auszulegen (z.B. "höhere Gewalt" i.S.d. § 60 III VwGO anzunehmen) als künstlich Bekanntgabezeitpunkt und Fristbeginn aufzusplitten. Außerdem verursacht diese Rspr. erhebliche Rechtsunsicherheit, denn es wird sich u.U. nur schwerlich nachweisen lassen, wann jemand ein Verkehrszeichen zum ersten Mal passiert hat. Dies umso mehr, als das BVerwG im vorliegenden Urteil explizit feststellt, bei veränderbaren Verkehrszeichen (z.B. Prismenwendern oder Verkehrsleitsystemen) beginne die Frist mit jeder Veränderung von neuem.

Vertiefungshinweise:

❑ Für Kongruenz von Bekanntgabe und Fristbeginn bei Verkehrszeichen: *VGH Mannheim*, JZ 2009, 738; *VGH Kassel*, NJW 1999, 2057; *OVG Münster*, NJW 1998, 331

❑ Zur Bekanntgabe von Halteverbotszeichen: *OVG Münster*, NJW 1990, 2835 (mit Aufstellen); *Bitter/Konow*, NJW 2001, 1386 (mit Möglichkeit der Kenntnisnahme); *Hansen/Meyer*, NJW 1998, 284 (differenzierend zwischen Halteverbot und Wegfahrgebot)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs:* "Das mobile Halteverbot"

❑ *Examenskurs:* "Die defekte Parkuhr"

Leitsätze:

1. Die Frist für die Anfechtung eines Verkehrsverbots, das durch Verkehrszeichen bekannt gegeben wird, beginnt für einen Verkehrsteilnehmer zu laufen, wenn er zum ersten Mal auf das Verkehrszeichen trifft. Die Frist wird für ihn nicht erneut ausgelöst, wenn er sich dem Verkehrszeichen später ein weiteres Mal gegenübersieht.

2. Eine Gefahrenlage, die das allgemeine Risiko einer Beeinträchtigung der in § 45 StVO genannten Rechtsgüter erheblich übersteigt, liegt nicht erst dann vor, wenn ohne ein Handeln der Straßenverkehrsbehörde mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zusätzliche Schadensfälle zu erwarten wären (Änderung der Rechtsprechung aus BVerwG, NJW 2001, 3139). Es reicht aus, dass eine entsprechende konkrete Gefahr besteht, die sich aus den besonderen örtlichen Verhältnissen ergibt.

Sachverhalt:

Der Kl., der als selbstständiger Fuhrunternehmer Segel- und Motoryachten transportiert, wendet sich gegen Lkw-Überholverbote auf der Bundesautobahn A 8 Ost. Dort ist zwischen km 97,65 und km 125 in Richtung Salzburg und zwischen km 123,2 und km 87,2 in Richtung München eine Streckenbeeinflussungsanlage (SBA) installiert, die am 1.3.2000 zunächst in Probe- und später in Dauerbetrieb genommen wurde. Sie zeigt seit dem 6.10.2000 das Verkehrszeichen für Lkw-Überholverbote automatisch an, wenn in der jeweiligen Fahrtrichtung eine Verkehrsstärke von 2700 Pkw-E/h und ein Lkw-Anteil von 15% erreicht werden; zuvor, seit der ersten Schaltung der Anlage im April 2000, wurden Lkw-Überholverbote erst ab einem Aufkommen von 4000 Pkw-E/h angezeigt. Darüber hinaus sind zwischen km 97,65 und km 100,9 sowie zwischen km 122 und km 125 in Richtung Salzburg sowie zwischen km 123,2 und km 87,2 in Rich-

tung München starre Verkehrsschilder und Prismenwender aufgestellt, die ebenfalls Lkw-Überholverbote anzeigen. Den Widerspruch des Kl. hat der Bekl. nicht beschieden. Nach Einlegung des Widerspruchs wurden bestimmte Verbotsschilder durch Prismenwender ersetzt.
Das VG hat die Klagen nach Einholen eines Sachverständigengutachtens als unbegründet abgewiesen. Die dagegen eingelegten Berufungen wurden vom VGH München zurückgewiesen. Auch die Revision des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:
[14] Mit Recht ist das BerGer. davon ausgegangen, dass die wegen des Fehlens einer Rechtsmittelbelehrung einjährige Widerspruchsfrist nach § 70 II i.V. mit § 58 II VwGO gegenüber dem Kl. nicht schon mit dem Aufstellen der betreffenden Verkehrszeichen zu laufen begann, sondern erst zu dem Zeitpunkt, in dem er erstmals auf diese Verkehrszeichen traf.

A. Bekanntgabe von Verkehrszeichen durch Aufstellung
[15] Das Lkw-Überholverbot nach Zeichen 277, das wie andere Verkehrsverbote und -gebote ein Verwaltungsakt in der Form einer Allgemeinverfügung i.S. des § 35 S. 2 VwVfG ist (st. Rspr. seit BVerwGE 27, 181 [182] = NJW 1967, 1627; BVerwGE 59, 221 [224] = NJW 1980, 1640), wird gem. § 43 VwVfG gegenüber demjenigen, für den es bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem es ihm bekannt gegeben wird. Die Bekanntgabe erfolgt nach den bundesrechtlichen (Spezial-)Vorschriften der StVO durch Aufstellen des Verkehrsschilds (vgl. insb. § 39 I und § 45 IV StVO). Sind Verkehrszeichen so aufgestellt oder angebracht, dass sie ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt schon "mit einem raschen und beiläufigen Blick" erfassen kann (BGH, NJW 1970, 1126), äußern sie ihre Rechtswirkung gegenüber jedem von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, gleichgültig, ob er das Verkehrszeichen tatsächlich wahrnimmt oder nicht (BVerwGE 102, 316 [318] = NJW 1997, 1021). Das gilt unabhängig davon, ob die Bekanntgabe in Form starrer Verkehrszeichen erfolgt oder mit Hilfe einer Anzeige über eine Streckenbeeinflussungsanlage oder einen Prismenwender.

B. Beginn der Anfechtungsfrist, §§ 70, 74 I 2 VwGO
[16] Damit ist nicht gesagt, dass auch die Anfechtungsfrist gegenüber jedermann bereits mit dem Aufstellen des Verkehrszeichens in Gang gesetzt wird. Diese Frist wird vielmehr erst dann ausgelöst, wenn sich der betreffende Verkehrsteilnehmer erstmals der Regelung des Verkehrszeichens gegenübersieht.

I. Gebot effektiven Rechtsschutzes
Jedes andere Verständnis geriete in Konflikt mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG, die es verbietet, den Rechtsschutz in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren. Liefe die Anfechtungsfrist für jedermann schon mit dem Aufstellen des Verkehrsschilds, könnte ein Verkehrsteilnehmer, der erstmals mehr als ein Jahr später mit dem Verkehrszeichen konfrontiert wird, keinen Rechtsschutz erlangen; denn bis zu diesem Zeitpunkt war er an der Einlegung eines Rechtsbehelfs mangels individueller Betroffenheit (§ 42 II VwGO) gehindert, danach würde ihm der Ablauf der einjährigen Anfechtungsfrist entgegengehalten.

II. Wideraufgreifen des Verfahrens
Dieses Rechtsschutzdefizit wird auch durch die Möglichkeit, ein Wiederaufgreifen des Verfahrens zu beantragen, nicht in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise ausgeglichen, dies schon wegen der besonderen Voraussetzungen, die § 51 VwVfG an einen solchen Rechtsbehelf stellt.

III. Kein Widerspruch zur bisherigen Rspr.
[17] Dem Urteil des BVerwG vom 11. 12. 1996 (BVerwGE 102, 316 = NJW 1997, 1021) lässt sich Gegenteiliges nicht entnehmen (so aber VGH Mannheim, JZ 2009, 738). Es stellt ausdrücklich klar, dass es nicht im Widerspruch zur Aussage des BVerwG in seinem Urteil vom 13. 12. 1979 (BVerwGE 59, 221 = NJW 1980, 1640) stehe, wonach ein Verkehrsteilnehmer von dem Verwaltungsakt erst dann betroffen werde, "wenn er sich (erstmalig) der Regelung des Verkehrszeichens gegenübersieht". Dass in dem Urteil aus dem Jahre 1996 die Bekanntgabe nach den Vorschriften der StVO als eine besondere Form der öffentlichen Bekanntmachung bezeichnet wird, zwingt ebenso wenig zu dem Schluss, dass auch die Anfechtungsfrist für jedermann mit dem Aufstellen des Verkehrszeichens zu laufen beginnt; denn es handelt sich - wie dort zutreffend ausgeführt wird - um eine "besondere" Form der öffentlichen Bekanntmachung, die von der Wirkung anderer Formen öffentlicher Bekanntmachung durchaus abweichen kann.

C. Kein erneuter Fristbeginn bei mehrfacher Annäherung
[18] Entgegen der Auffassung des Kl. beginnt die gem. § 58 II VwGO einjährige Rechtsbehelfsfrist allerdings nicht erneut zu laufen, wenn sich derselbe Verkehrsteilnehmer demselben Verkehrszeichen ein weiteres Mal gegenübersieht. Das Verkehrsge- oder -verbot, das dem Verkehrsteilnehmer bei seinem ersten Herannahen bekannt gemacht wurde, gilt ihm gegenüber fort, solange dessen Anordnung und Bekanntgabe aufrechterhalten bleiben. Kommt der Verkehrs-

teilnehmer erneut an diese Stelle, hat das Verkehrszeichen für ihn nur eine erinnernde Funktion. Daraus, dass Verkehrszeichen gleichsam an die Stelle von Polizeivollzugsbeamten treten (so etwa BVerwG, NJW 1978, 656), kann der Kl. nichts anderes herleiten. Trotz der Funktionsgleichheit und wechselseitigen Vertauschbarkeit einer Verkehrsregelung durch Verkehrszeichen einerseits und durch Polizeibeamte andererseits unterscheiden sie sich dadurch, dass Verkehrszeichen die örtliche Verkehrssituation regelmäßig dauerhaft regeln (so auch bereits BVerwGE 59, 221 [225] = NJW 1980, 1640.

D. Allerdings erneuter Fristbeginn bei Änderung der Regelung

[19] Dagegen begann mit der Änderung der Ein- und Ausschaltwerte an der Streckenbeeinflussungsanlage zum 6.10.2000 – wie der VGH zutreffend erkannt hat – die einjährige Rechtsmittelfrist neu zu laufen. Denn von da an ging die Anzeige des Zeichens 277 auf eine wesentliche Änderung der dem Lkw-Überholverbot zu Grunde liegenden verkehrsrechtlichen Anordnung zurück, was nach außen zur Bekanntgabe eines neuen Verwaltungsakts führt.

Auch soweit nach den Feststellungen des BerGer. am 7.8.2001 an starr angebrachten Verkehrszeichen 277 die Zusatzschilder entfernt wurden, mit denen das Lkw-Überholverbot auf Fahrzeuge mit einem Gesamtgewicht von mehr als 7,5 t beschränkt worden war, liegt darin eine Neuregelung, für die der Lauf der Rechtsmittelfrist neu zu bestimmen ist. [...]

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de - ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (*zugleich Öffentliches Recht*)
REDAKTEURE:	Rechtsanwalt Wofgang Schmidt & Martin Jansen (*Zivilrecht*); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (*Strafrecht*) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte *früherer* Jahrgänge können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des *laufenden* Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

Zivilrecht

Standort: Schuldrecht Problem: Vorrang der Nacherfüllung

BGH, URTEIL VOM 12.01.2011
VIII ZR 346/09 (MDR 2011, 222)

Problemdarstellung:

Die Kl. erwarb im August 2006 einen Gebrauchtwagen von der Verkäuferin über das Internetportal „AUTOonline". Die Verkäuferin hatte die Bekl., die ein Kfz-Sachverstädigenbüro betreiben, damit beauftragt, den Pkw zu begutachten und ein entsprechendes Angebot in das Internetportal einzustellen. Auf einem der von den Bekl. ins Internet gestellten Bilder war eine Standheizung zu erkennen, die in der Fahrzeugbeschreibung jedoch nicht als Zusatzausstattung erwähnt wurde und nach dem Willen der Verkäuferin auch nicht verkauft werden sollte. Bevor der Pkw an die Kl. übergeben wurde, baute die Verkäuferin die Heizung aus und vermerkte dies im Kaufvertrag.

Die Kl. verlangt von den Bekl. die Erstattung der Kosten für den Erwerb und Einbau einer entsprechenden Standheizung, insgesamt ca. 780 €.

Prüfungsrelevanz:

Soll ein Dritter, der nicht selbst Vertragspartei geworden ist, auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, bieten sich dafür prinzipiell zwei Lösungen an: Zunächst ist zu prüfen, ob der Dritte als sog. Sachwalter i.S.d. § 311 III BGB aufgetreten ist, so dass er Adressat eines Schadensersatzanspruchs sein kann. Daneben ist zu prüfen, ob der Anspruchsteller (hier die Kl.) in den Schutzbereich des Vertrages zwischen dem Dritten und dem Vertragspartner (die Verkäuferin) einbezogen worden ist und aus diesem Grund ein Ersatzanspruch gem. § 280 I BGB geltend gemacht werden kann.

A. Sachwalterhaftung

Ein Anspruch aus Sachwalterhaftung gem. §§ 280 I, 241 II, 311 III BGB kann entstehen, wenn der Dritte in besonderem Maße persönliches Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen erheblich beeinflusst (BT-Drs. 14/6040, S. 162 f.). Ob das vorliegend der Fall war, lässt der Senat offen. Denn jedenfalls kann die Sachwalterhaftung nicht weiter gehen als diejenige, des Vertragspartners selbst. Die Verkäuferin schuldete hier jedoch keinen Schadensersatz. Zwar war der übergebene Pkw i.S.d. § 434 I 1 BGB mangelhaft, da er nicht die auf den Bildern sichtbare und damit Vertragsbestandteil gewordene Standheizung enthielt. Dies führt jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 437 Nr. 3 BGB zu einer Schadensersatzverpflichtung der Verkäuferin. Diese Voraussetzungen (insb. erfolglose Nachfristsetzung / Entbehrlichkeit der Nachfrist) waren hier nicht erfüllt. Damit ist die Verkäuferin gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB lediglich zur Nacherfüllung verpflichtet.

Folglich kann auch der Sachwalter nicht zur Leistung von Schadensersatz herangezogen werden. Das war bereits anerkannt, bevor die Sachwalterhaftung im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung kodifiziert wurde (*BGH*, NJW 1975, 642; NJW 1981, 922; NJW 1983, 2192) und gilt auch heute noch (MünchKommBGB/*Emmerich*, § 311 Rn. 238). Insbesondere im Kaufrecht kann dieser Gedanke damit begründet werden, dass anderenfalls der Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung ausgehebelt würde.

B. Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter

Auch die Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages zwischen der Verkäuferin und den Bekl. hilft der Kl. hier nicht weiter. Zwar bildet ein Gutachtervertrag – wie er auch hier vorliegt – regelmäßig die Basis für eine Einbeziehung, denn der Käufer der zu begutachtenden Sache kommt mit einer Schlechtleistung des Gutachters bestimmungsgemäß in Kontakt (Leistungsnähe). Da das Gutachten außerdem die Grundlage für den Kaufpreis darstellt, hat der Gläubiger an der Einbeziehung regelmäßig Interesse (Einbeziehungsinteresse) und die Einbeziehung ist für den Dritten auch erkennbar (Erkennbarkeit). Jedoch mangelt es vorliegend an der Schutzbedürftigkeit. Denn die Kl. hat eigene, inhaltsgleiche vertragliche Ansprüche gegen die Verkäuferin. Wie bereits festgestellt, kann sie Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB verlangen, wodurch ihr Schaden vollumfänglich abgedeckt wird.

C. Examensrelevanz

Das Urteil verbindet allgemeine schuldrechtliche Instrumente (Sachwalterhaftung; Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter) mit den Besonderheiten des Kaufrechts. Es verlangt systematisches Verständnis und dürfte daher für Examensklausuren interessant sein.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Einbeziehung in verschiedene Vertragstypen: *BGH,* NJW 2004, 3420; NJW 2004, 3025 = VersR 2004, 1328; NJW 1995, 392; *OLG Düsseldorf*, DB 2009, 2369

❑ Zur Ablehnung einer Einbeziehung: *BGH*, VersR 2009, 1412; NJW 2006, 1975; NJW-RR 2006, 770

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: „Die aggressiven Holzwürmer vom Niederrhein"

❑ *Examenskurs*: „Augen auf beim Mustangkauf"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Sachwalterhaftung gem. § 311 III BGB geht nicht weiter als die Haftung des Vertragspartners (so schon *BGH*, NJW 1975, 642; NJW 1981, 922; NJW 1983, 2192).

2. Eine Inanspruchnahme des Dritten als Sachwalter kommt daher nicht in Betracht, wenn dem Anspruchsteller gegen den Vertragspartner aufgrund des Vorrangs der kaufrechtliche Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB keine Schadensersatzansprüche zustehen.

Sachverhalt:

Die Klägerin ist als gewerbliche Restwertaufkäuferin tätig. Die Beklagten zu 2 und 3 betreiben als Gesellschafter der Beklagten zu 1 ein Kraftfahrzeug-Sachverständigenbüro. Die Beklagte zu 1 bot im Auftrag des Autohauses K. (im Folgenden: Verkäuferin) einen unfallbeschädigten Pkw Skoda in der Internet-Restwertbörse "AUTOonline" zum Verkauf an. Auf einem der von der Beklagten zu 1 ins Internet gestellten Lichtbilder war eine Webasto Standheizung zu erkennen, die in der Fahrzeugbeschreibung nicht als Zusatzausstattung erwähnt wurde und nach dem Willen der Verkäuferin auch nicht verkauft werden sollte. Die Klägerin gab auf das Fahrzeug ein Gebot in Höhe von 5.210 € ab, an das sie nach den Geschäftsbedingungen der AUTOonline GmbH bis zum 1. September 2006 gebunden war. Die Verkäuferin nahm das Angebot der Klägerin innerhalb dieser Frist an. Das Fahrzeug wurde von einem Mitarbeiter der Klägerin am 24. August 2006 abgeholt. Die Standheizung war zuvor von der Verkäuferin ausgebaut worden. In dem bei Abholung unterzeichneten Kaufvertrag ist vermerkt:
"Standheizung (im Angebot AUTOonline mit Foto festgehalten) wurde vom Autohaus ausgebaut! Dadurch zwei Löcher im Armaturenbrett beschädigt!"
Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Erstattung der Kosten für den Erwerb und den Einbau einer gebrauchten Webasto Standheizung, insgesamt 787,10 € nebst Zinsen, mit der Begründung in Anspruch, die Beklagten müssten dafür einstehen, dass das ihr übergebene Fahrzeug nicht über die im Internet abgebildete Standheizung verfüge. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[5] Der Klägerin stehe kein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten zu. Die Voraussetzungen der § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, § 241 Abs. 2 BGB seien nicht erfüllt. [...]

[6] [...] Da die Verkäuferin nur ein Fahrzeug ohne Standheizung übergeben habe, habe das Fahrzeug nicht die vereinbarte Beschaffenheit gehabt und damit einen Mangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB aufgewiesen. Wegen dieses Mangels habe die Klägerin die in § 437 BGB genannten Gewährleistungsrechte gehabt und zunächst Nacherfüllung nach § 439 BGB verlangen können. Bei Verweigerung oder Fehlschlagen der Nacherfüllung hätte sie mindern, vom Vertrag zurücktreten oder auch Schadensersatz verlangen können. Die Klägerin müsse sich zunächst an ihre Vertragspartnerin, die Verkäuferin des Fahrzeugs, halten, wodurch ihr eigener etwaiger Schaden vollumfänglich abgedeckt sei. Ein weiterer Schaden, den die Klägerin von den Beklagten ersetzt verlangen könnte, sei nicht erkennbar.

[7] Ein Anspruch der Klägerin ergebe sich auch nicht aus der Verletzung von Pflichten aus einem Vertrag mit Schutzpflichten zugunsten Dritter entsprechend § 328 BGB. [...] Auch in diesem Fall würde es an einem ersatzfähigen Schaden der Klägerin gegenüber den Beklagten fehlen. Denn der Kaufvertrag mit der Verkäuferin wäre wiederum über einen Pkw mit Standheizung zustande gekommen, so dass die Klägerin wegen der in diesem Vertragsverhältnis bestehenden Gewährleistungsansprüche keinen weiteren Schaden habe.

B. Entscheidung des BGH

[8] Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Die Klägerin hat gegenüber den Beklagten keinen Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Kosten für den Erwerb und den Einbau einer Standheizung in das von ihr gekaufte Fahrzeug.

I. Kein Anspruch der Kl. aus Einbeziehung mangels Schutzbedürftigkeit

[9] Ansprüche aus einem Kaufvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 bestehen nicht, weil

die Klägerin das Fahrzeug nicht von der Beklagten zu 1, sondern von der Verkäuferin gekauft hat. Davon geht auch die Klägerin aus. Sie hat ihre Klage in den Vorinstanzen nicht auf einen kaufvertraglichen Anspruch gestützt, sondern damit begründet, dass die Beklagten ihr nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zum Schadensersatz verpflichtet seien. Ein solcher Anspruch aus § 280 Abs. 1, § 328 BGB analog besteht jedoch nicht. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang offen gelassen, ob der an die Beklagte zu 1 gerichtete Auftrag der Verkäuferin, das Fahrzeug in der Onlinebörse zum Verkauf anzubieten und dieses Angebot textlich und bildlich zu gestalten, Schutzwirkung gegenüber der Klägerin entfaltet. Dies ist zu verneinen.

[11] Um eine uferlose Ausdehnung des Kreises der in den Schutzbereich einbezogenen Personen zu vermeiden, ist die Einbeziehung eines am Vertrag nicht beteiligten Dritten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der überwiegenden Meinung in der Literatur abzulehnen, wenn ein Schutzbedürfnis des Dritten nicht besteht. Dies ist im Allgemeinen dann der Fall, wenn dem Dritten eigene vertragliche Ansprüche - gleich gegen wen - zustehen, die denselben oder zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben wie diejenigen Ansprüche, die ihm über eine Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages zukämen (BGH, Urteil vom 2. Juli 1996 - X ZR 104/94, BGHZ 133, 168, 173 f., unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 15. Februar 1978 - VIII ZR 47/77, BGHZ 70, 327, 329 f.; Urteil vom 22. Juli 2004 - IX ZR 132/03, NJW 2004, 3630 unter II 2 a; Medicus in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., Vor §§ 328 bis 335 Rn. 10).

[12] So verhält es sich im vorliegenden Fall. Wenn der Kaufvertrag mit dem von der Klägerin angenommenen Inhalt zustande gekommen ist, hat die Klägerin, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat und auch die Revision nicht in Frage stellt, gegenüber der Verkäuferin einen Erfüllungsanspruch auf Lieferung des Fahrzeugs mit der im Internet abgebildeten Standheizung erworben. Denn aufgrund der Abbildung des Fahrzeugs im Internet war das von der Verkäuferin angenommene Kaufangebot der Klägerin auf den Erwerb des Fahrzeugs mit der abgebildeten Standheizung gerichtet. Mit dieser Beschaffenheitsvereinbarung ist der Kaufvertrag zustande gekommen. Deshalb kann die Klägerin von der Verkäuferin wegen der bei Übergabe des Fahrzeugs fehlenden Standheizung im Wege der Nacherfüllung gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB den Wiedereinbau der von der Verkäuferin vor Übergabe ausgebauten Standheizung verlangen. Dieser Nacherfüllungsanspruch ist gleichwertig mit dem Anspruch auf Erstattung der Kosten für den Erwerb und den Einbau einer gleichwertigen Standheizung, den die Klägerin gegenüber den Beklagten geltend macht. Damit scheidet eine Haftung der Beklagten nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter aus.

II. Kein Anspruch aus Sachwalterhaftung

[13] Entgegen der Auffassung der Revision steht der Klägerin der geltend gemachte Anspruch auch nicht unter dem erstmals vom Berufungsgericht ins Spiel gebrachten Gesichtspunkt einer Sachwalterhaftung der Beklagten zu 1 zu. Bei der im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung in § 311 Abs. 3 BGB geregelten Sachwalterhaftung von Personen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen, aber in besonderem Maß Vertrauen für sich in Anspruch nehmen und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsabschluss erheblich beeinflussen, handelt es sich um eine Ausprägung der Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss (BT-Drucks. 14/6040, S. 162 f.).

[14] Es kann dahingestellt bleiben, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer Sachwalterhaftung der Beklagten zu 1 gemäß § 311 Abs. 3 BGB erfüllt sind. Einem Schadensersatzanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1 aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 BGB steht bereits entgegen, dass der Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen gegenüber der Verkäuferin ein Schadensersatzanspruch auf Erstattung der Kosten für den Erwerb und den Einbau einer gebrauchten Standheizung in das von ihr gekaufte Fahrzeug nicht zusteht. Damit steht ihr ein solcher Anspruch auch gegenüber den Beklagten nicht zu. Denn eine etwaige Haftung der Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluss wegen der von der Verkäuferin vor Übergabe ausgebauten Standheizung geht nicht weiter als die Haftung der Verkäuferin selbst, in deren Auftrag und als deren Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) die Beklagte zu 1 den Vertragsschluss angebahnt hat.

1. Umfang des Anspruchs gegen die Verkäuferin

[15] Die Klägerin kann von der Verkäuferin, wie ausgeführt, im Wege der Nacherfüllung gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB den Wiedereinbau der von der Verkäuferin vor der Übergabe ausgebauten Standheizung oder den Einbau einer gleichwertigen Standheizung verlangen. Ein auf Erstattung der Kosten für den Erwerb und den Einbau einer gleichwertigen Standheizung gerichteter Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 437 Nr. 3, §§ 280, 281, 440 BGB) stünde der Klägerin aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung (dazu Senatsurteil vom 23. Februar 2005 - VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 227) dagegen nur unter den Voraussetzungen der §§ 281, 440 BGB zu, also wenn die Klägerin der Verkäuferin erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hätte (§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder eine solche Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 2 BGB oder § 440 BGB entbehrlich

gewesen wäre. Dass diese Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gegenüber der Verkäuferin erfüllt wären, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und macht auch die Revision nicht geltend. Damit kann die Klägerin von der Verkäuferin Kostenerstattung für den Erwerb und den Einbau einer gleichwertigen Standheizung unter dem Gesichtspunkt eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 437 Nr. 3, §§ 280, 281, 440 BGB) nicht verlangen.

2. Auswirkungen auf etwaige Sachwalterhaftung

[17] Entgegen der Auffassung der Revision ist es für eine etwaige Sachwalterhaftung der Beklagten zu 1 nach § 311 Abs. 3 BGB nicht unerheblich, dass der Klägerin gegenüber der Verkäuferin zwar ein Erfüllungs- beziehungsweise Nacherfüllungsanspruch auf Lieferung des Fahrzeugs mit der abgebildeten oder einer gleichwertigen Standheizung zusteht, nicht aber ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Die Revision meint, gegenüber dem Dritten könne jeder Schaden geltend gemacht werden, unabhängig davon, ob insoweit auch eine vertragliche Haftung des Vertragspartners des Geschädigten bestehe. Das trifft jedenfalls für die hier vorliegende Fallkonstellation nicht zu, in der die Klägerin von den Beklagten - der Sache nach - Schadensersatz statt der Leistung begehrt. Denn eine etwaige Sachwalterhaftung der Beklagten wegen der von der Verkäuferin ausgebauten Standheizung geht jedenfalls nicht weiter als die kaufvertragliche Haftung der Verkäuferin selbst. Ist - wie hier - die Verkäuferin aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung nicht verpflichtet, der Klägerin als Schadensersatz statt der Leistung (§ 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB) die Kosten für die Anschaffung und den Einbau einer gleichwertigen Standheizung zu erstatten, so gilt dies auch für die Haftung der in die Vertragsanbahnung eingeschalteten Beklagten zu 1.

[18] Bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung hat der Senat für die Inanspruchnahme eines als Sachwalter des Verkäufers auftretenden Kraftfahrzeughändlers aus Verschulden bei Vertragsschluss entschieden, dass die Haftung des Vermittlers nicht weiter geht als die gewährleistungsrechtliche Haftung des Verkäufers selbst (st. Rspr.; vgl. Senatsurteile vom 21. Januar 1975 - VIII ZR 101/73, BGHZ 63, 382, 388; vom 28. Januar 1981 - VIII ZR 88/80, BGHZ 79, 281, 287; vom 25. Mai 1983 - VIII ZR 55/82, BGHZ 87, 302, 304 f.). Daran hat sich durch die Schuldrechtsmodernisierung nichts geändert. Auch nach der gesetzlichen Regelung der Sachwalterhaftung in § 311 Abs. 3 BGB geht die Haftung des Dritten wegen Verschuldens bei Vertragsschluss grundsätzlich nicht weiter als die des Geschäftsherrn (MünchKommBGB/ Emmerich, 5. Aufl., § 311 Rn. 238; Staudinger/Löwisch, BGB, Neubearb. 2005, § 311 Rn. 158). Daher hat ein Dritter im Sinne des § 311 Abs. 3 BGB wegen einer auf einen Mangel der Kaufsache bezogenen Pflichtverletzung Schadensersatz nur zu leisten, wenn auch der Verkäufer selbst wegen dieses Mangels zum Schadensersatz verpflichtet ist. Andernfalls würde der Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen.

[19] Die Klägerin muss deshalb zunächst ihren Nacherfüllungsanspruch wegen der ausgebauten Standheizung erfolglos gegenüber der Verkäuferin geltend gemacht haben, bevor sie von dieser Schadensersatz statt der Leistung verlangen und ihr ein entsprechender Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss gegen die Beklagten gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 BGB zustehen kann.

Standort: Schadensrecht — Problem: Fiktive Reparaturkosten

BGH, URTEIL VOM 14.12.2010
VI ZR 231/09 (NJW 2011, 669)

Problemdarstellung:

Die Kl. erlitt einen Verkehrsunfall, für den die Bekl. als Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers dem Grunde nach unstreitig haftet.

Ein Sachverständigengutachten ergab, dass die voraussichtlichen Reparaturkosten bei 3.700 €, der Wiederbeschaffungswert bei 2.200 € und der Restwert des Pkw bei 800 € liegen.

Die Kl. hat das Fahrzeug nach den Vorgaben des Sachverständigen, d.h. fachgerecht und vollständig, jedoch unter Verwendung von Gebrauchtteilen, gegen Zahlung von 2.140 € reparieren lassen. Mit ihrer Klage begehrt sie die Zahlung weiterer 720 €, nämlich die Differenz zwischen den von der Bekl. bereits geleisteten 2.140 € und dem Betrag, der sich aus der 130%-Grenze der Rechtsprechung ergibt, hier 2.860 €.

Die Bekl. ist der Ansicht, sie habe bereits zuviel gezahlt. Da ein wirtschaftlicher Totalschaden vorgelegen habe, hätte sie nur den Wiederbeschaffungsaufwand von 1.400 € zahlen müssen. Gegenüber etwaigen Ansprüchen der Kl. rechnet sie daher mit dem aus ihrer Sicht überzahlten Betrag auf.

Prüfungsrelevanz:

Um die Entscheidungen aus dem Bereich der Kfz-Unfallschäden verstehen zu können, müssen zu-

nächst die Begrifflichkeiten nachvollzogen werden (vgl. hierzu ausführlich: OLG Karlsruhe, RA 2010, 109 = NJW-RR 2010, 96): Unter den Begriff "Reparaturaufwand" fasst die Rechtsprechung die Reparaturkosten zzgl. des merkantilen Minderwerts des Fahrzeugs. Als „Wiederbeschaffungsaufwand" wird dagegen die Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert – also den Kosten für die Beschaffung eines gleichwertigen Fahrzeugs – und dem Restwert des Fahrzeugs verstanden (hier 1.400 €). Grundsätzlich kann der Gläubiger zwischen beiden Arten der Berechnung seines Schadensersatzes wählen; ist jedoch die eine Variante günstiger, gebietet das Erforderlichkeitsprinzip des § 249 II 1 BGB die Wahl der günstigeren Möglichkeit. Das gilt ausnahmsweise nicht, wenn der Reparaturaufwand den Wiederbeschaffungswert um nicht mehr als 30 % übersteigt. In diesem Fall darf der Gläubiger wegen seines Interesses an der Instandsetzung des ihm bekannten Fahrzeugs den teureren Reparaturaufwand wählen (Integritätsinteresse). Übersteigt der Reparaturaufwand den Wiederbeschaffungswert dagegen um mehr als 30 %, spricht man von einem wirtschaftlichen Totalschaden – das Fahrzeug ist dann nicht mehr „reparaturwürdig" (sog. 130%- oder Toleranzgrenze). Im vorliegenden Fall liegt die Toleranzgrenze (ausgehend vom Wiederbeschaffungswert von 2.200 €) bei 2.860 €.

Nun war fraglich, ob die Toleranzgrenze erreicht war: Nach der regelmäßig maßgeblichen Einschätzung des Sachverständigen lagen die Reparaturkosten bei 3.700 €, so dass ein Fall des wirtschaftlichen Totalschadens gegeben wäre. Somit wäre die Kl. in ihrer Wahlfreiheit hinsichtlich der Schadensberechnung auf die günstigere Variante, hier also die Abrechnung nach dem Wiederbeschaffungsaufwand verwiesen und hätte bloß einen Anspruch auf Zahlung von 1.400 € gehabt. Tatsächlich war es der Kl. aber gelungen, das Fahrzeug für 2.140 €, d.h. unterhalb der Kosten des Wiederbeschaffungswertes reparieren zu lassen. Der Senat entscheidet, dass der Kl. eine Abrechnung der konkret angefallenen Reparaturkosten aus dem Gesichtspunkt des Wirtschaftlichkeitsgebotes nicht verwehrt werden kann. Sie konnte demnach 2.140 € gem. § 115 I VVG i.V.m. §§ 7, 18 StVG bzw. § 823 I, II BGB verlangen.

Das bedeutet allerdings nicht, dass sie auch die tatsächlich nicht entstandenen, fiktiven Kosten bis zur 130%-Grenze ersetzt verlangen kann. Die Rechtsprechung erkennt an, dass auch diejenigen Reparaturleistungen schadensersatzfähig sind, die zwar tatsächlich nicht erbracht werden, sich aber im Vermögen des Geschädigten niederschlagen, sog. fiktive Reparaturkosten. Dies gilt, sofern der Geschädigte das un- oder bloß teilreparierte Fahrzeuge mindestens sechs Monate weiter nutzt und die 130%-Grenze nicht erreicht ist. Der Senat stellt hier nochmals klar, dass damit nicht die generelle Möglichkeit einer fiktiven Schadensabrechnung bis zur 130%-Grenze eröffnet wird (vgl. BGH, VersR 2010, 363).

Vertiefungshinweise:

❑ Zur fiktiven (abstrakten) Schadensabrechnung: *BGH,* VersR 2010, 255; NJW 2009, 1554; NJW 2009, 3022; NJW-RR 2009, 1030; NJW 2009, 1340; *Armbrüster*, JuS 2007, 411 u. 604

❑ Zum Integritätszuschlag und zur 130%-Grenze: *BGH,* NJW-Spezial 2010, 74; NJW 2005, 1108; NJW 2005, 2541; *OLG Düsseldorf,* DAR 2008, 268

❑ Zur Erforderlichkeit der Qualität der Reparatur: *BGH,* NJW 2003, 2085; NJW 2005, 1108; NJW 2006, 2179

❑ Rechtsprechungsübersicht: *Lemcke*, NZV 2009, 115; *Voit/Geck*, NJW 2010, 117

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skateboard"

❑ *Examenskurs*: "Der unglückliche Verkehrsunfall"

Leitsatz:

Der Geschädigte kann Ersatz der angefallenen Reparaturkosten verlangen, wenn es ihm entgegen der Einschätzung des vorgerichtlichen Sachverständigen gelungen ist, eine fachgerechte und den Vorgaben des Sachverständigen entsprechende Reparatur durchzuführen, deren Kosten den Wiederbeschaffungswert nicht übersteigt.

Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt restlichen Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall vom 9. Mai 2007, für den die Beklagte als Haftpflichtversicherer des Unfallverursachers dem Grunde nach unstreitig haftet.

Die Klägerin beauftragte am 10. Mai 2007 einen Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens zum Schadensumfang. In dem Gutachten ermittelte dieser voraussichtliche Reparaturkosten in Höhe von 3.746,73 € brutto, einen Wiederbeschaffungswert in Höhe von 2.200 € und einen Restwert in Höhe von 800 €.

Die Klägerin hat das Fahrzeug den Vorgaben des Sachverständigen entsprechend - allerdings unter Verwendung von Gebrauchtteilen - gegen Zahlung von 2.139,70 € brutto reparieren lassen und bis Anfang Juni 2008 weiter genutzt. Die Beklagte hat der Klägerin die Nebenkosten, die Reparaturkosten und eine Nutzungsausfallentschädigung für 15 Tage in Höhe von

38 € täglich erstattet. Mit ihrer Klage hat die Klägerin weitere 720,30 € Reparaturkosten sowie erstinstanzlich für weitere zwei Tage und zweitinstanzlich für

einen weiteren Tag Nutzungsausfallentschädigung verlangt. Sie ist der Ansicht, die Beklagte habe nicht nur die tatsächlich angefallenen Reparaturkosten, sondern fiktive Reparaturkosten bis zu 130% des Wiederbeschaffungswerts zu zahlen.
Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung eines weiteren Betrags in Höhe von 758,30 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage hinsichtlich der Zinsen teilweise abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

A. Ausführungen des Berufungsgerichts
[5] Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen der Beklagten weitere 720,30 € Reparaturkosten zu. Ein erforderlicher Reparaturaufwand bis zu 130% des Wiederbeschaffungswerts des Fahrzeugs könne grundsätzlich verlangt werden, wenn die durch Sachverständigengutachten ermittelten Reparaturkosten diesen Betrag überstiegen und der Geschädigte durch eine fachgerechte Reparatur zum Ausdruck bringe, dass er das Fahrzeug in einen Zustand wie vor dem Unfall versetzen wolle. Diese Voraussetzungen lägen nach dem Gutachten des Gerichtssachverständigen vor. Das Fahrzeug der Klägerin sei unter Verwendung von Gebrauchtteilen fachgerecht repariert worden, da die verwendeten Ersatzteile den beschädigten Fahrzeugteilen gleichwertig seien.
[6] Der Klägerin stehe auch die beanspruchte Nutzungsentschädigung für einen weiteren Tag, insgesamt also für 16 Tage, zu.

B. Entscheidung des BGH
[7] Die Revision der Beklagten hat insoweit Erfolg, als das Berufungsgericht der Klägerin weitere Reparaturkosten in Höhe von 720,30 € zugesprochen hat. Hinsichtlich der zusätzlichen Nutzungsausfallentschädigung für einen weiteren Tag ist das Berufungsurteil nicht zu beanstanden.

I. Ersatz weiterer Reparaturkosten
[8] Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne über die bereits ersetzten Reparaturkosten in Höhe von 2.139,70 € hinaus von der Beklagten die Erstattung weiterer Reparaturkosten in Höhe von 720,30 € verlangen, steht nicht in Einklang mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats. Insoweit begehrt die Klägerin den Ersatz fiktiver Reparaturkosten in Höhe von bis zu 130% des vom Sachverständigen ermittelten Wiederbeschaffungswerts, obwohl für die tatsächlich durchgeführte Reparatur nur Kosten in Höhe von 2.139,70 € angefallen sind. Nach der Rechtsprechung des Senats können jedoch Reparaturkosten, die über dem Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs liegen, bis zur so genannten 130%-Grenze nur verlangt werden, wenn sie tatsächlich angefallen sind und die Reparatur fachgerecht und zumindest wertmäßig in einem Umfang durchgeführt wird, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Kostenschätzung gemacht hat (vgl. Senatsurteile vom 15. Februar 2005 - VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161, 167 ff.; vom 8. Dezember 2009 - VI ZR 119/09, VersR 2010, 363 Rn. 5 ff.). Entgegen der Auffassung der Klägerin ist damit nicht die generelle Möglichkeit einer fiktiven Schadensabrechnung bis zur 130%-Grenze eröffnet. Die Klägerin kann mithin über die bereits gezahlten konkret angefallenen Reparaturkosten hinaus nicht den Ersatz weiterer Reparaturkosten verlangen.

II. Nutzungsausfall
[9] Keinen Erfolg hat die Revision, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht der Klägerin Nutzungsausfall in Höhe von 38 € für einen weiteren Tag zugesprochen hat.
[11] Die Revision ist [...] nicht deswegen begründet, weil die Beklagte gegen den Anspruch auf Zahlung weiterer Nutzungsausfallentschädigung die Aufrechnung mit überzahlten Reparaturkosten erklärt hat. Die Klägerin hat im Streitfall nämlich nicht nur einen Anspruch auf Ersatz des Wiederbeschaffungsaufwands in Höhe von 1.400 €; ihr steht vielmehr der Ersatz der von der Beklagten gezahlten Reparaturkosten in Höhe von 2.139,70 € zu.
[12] Zwar ist die Instandsetzung eines beschädigten Fahrzeugs in aller Regel wirtschaftlich unvernünftig, wenn die (voraussichtlichen) Kosten der Reparatur - wie hier - mehr als 30% über dem Wiederbeschaffungswert liegen. In einem solchen Fall, in dem das Kraftfahrzeug nicht mehr reparaturwürdig ist, kann der Geschädigte vom Schädiger grundsätzlich nur die Wiederbeschaffungskosten verlangen. Lässt der Geschädigte sein Fahrzeug dennoch reparieren, so können die Kosten nicht in einen vom Schädiger auszugleichenden wirtschaftlich vernünftigen Teil (bis zu 130% des Wiederbeschaffungswerts) und einen vom Geschädigten selbst zu tragenden wirtschaftlich unvernünftigen Teil aufgespalten werden (vgl. Senatsurteile vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 67/91, BGHZ 115, 375, 378 ff.; vom 10. Juli 2007 - VI ZR 258/06, VersR 2007, 1244 Rn. 6). In seinem Urteil vom 10. Juli 2007 hat der Senat offen gelassen, ob der Geschädigte gleichwohl Ersatz von Reparaturkosten verlangen kann, wenn es ihm tatsächlich gelingt, entgegen der Einschätzung des Sachverständigen die von diesem für erforderlich gehaltene Reparatur innerhalb der 130%-Grenze fachgerecht und in einem Umfang durchzuführen, wie ihn der Sachverständige zur Grundlage seiner Kostenschätzung gemacht hat (vgl. Senatsurteil vom 10. Juli 2007 - VI ZR 258/06, aaO

Rn. 7; Eggert, Verkehrsrecht aktuell 2009, 149, 150 ff.).

[13] Im Streitfall übersteigen die tatsächlich angefallenen Reparaturkosten in Höhe von 2.139,70 € selbst bei Berücksichtigung eines nach der Reparatur verbleibenden Minderwerts von 50 € den vom vorgerichtlichen Sachverständigen ermittelten Wiederbeschaffungswert nicht. Jedenfalls unter solchen Umständen, bei denen zwar die vom Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten über der 130%-Grenze liegen, es dem Geschädigten aber - auch unter Verwendung von Gebrauchtteilen - gelungen ist, eine nach Auffassung des sachverständig beratenen Berufungsgerichts fachgerechte und den Vorgaben des Gutachtens entsprechende Reparatur durchzuführen, deren Kosten den Wiederbeschaffungswert nicht übersteigen, kann ihm aus dem Gesichtspunkt des Wirtschaftlichkeitsgebots eine Abrechnung der konkret angefallenen Reparaturkosten nicht verwehrt werden. Die entsprechende Bewertung des Berufungsgerichts, welche in Einklang mit dem Gutachten des Gerichtssachverständigen und der Stellungnahme des vorgerichtlichen Sachverständigen vom 13. Juni 2008 steht, bewegt sich im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens nach § 287 ZPO und lässt keine Rechtsfehler erkennen. Der Klägerin stehen mithin die konkret angefallenen Kosten der Reparatur zu, die seitens der Beklagten bereits erstattet worden sind.

Standort: ZPO I Problem: Verjährungshemmung gem. § 204 I Nr. 1 BGB

BGH, URTEIL VOM 09.12.2010
III ZR 56/10 (WM 2011, 321)

Problemdarstellung:

Die Kl., eine in Liquidation befindliche Bauträgergesellschaft, nimmt mit Klage vom 04.12.2007 ihre ehemaligen Steuerberater wegen Verletzung eines Auskunftsvertrages auf Schadensersatz in Anspruch. Der Ersatzanspruch stand ursprünglich dem B., einem persönlich haftenden Gesellschafter der Kl., zu. Dieser hatte den Anspruch an seine Enkelin W. abgetreten, die den Anspruch wiederum an die Kl. abtrat. Zum Zeitpunkt der Abtretung war bereites ein Verfahren anhängig, in dem die Zedentin W. ihrerseits die Schadensersatzforderung gegen die Bekl. geltend gemacht hatte. Diese Klage nahm W. am 19.12.2007 zurück.

Die Bekl. haben die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage wegen Verjährung abgewiesen.

Prüfungsrelevanz:

Die Verjährung eines Anspruchs kann gem. § 204 I Nr. 1 BGB u.a. durch Erhebung einer Leistungsklage gehemmt werden. Dies hat gem. § 209 BGB zur Wirkung, dass der Zeitraum der Hemmung in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird.

Die Instanzgerichte waren hier der Ansicht, dass der Klageerhebung am 04.12.2007 keine verjährungshemmende Wirkung gem. §§ 204 I Nr. 1, 209 BGB zukam. Denn § 204 I Nr. 1 BGB setze eine Berechtigung zur Klageerhebung voraus. Diese habe die Kl. im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht gehabt, da sie gem. § 265 II ZPO mangels Prozessführungsbefugnis nicht zur klageweisen Geltendmachung der Ansprüche berechtigt gewesen sei und der Klageerhebung außerdem die anderweitige Rechtshängigkeit des Streitgegenstands gem. § 261 III Nr. 1 ZPO entgegenstehe. Durch die Klagerücknahme der Zedentin am 19.12.2007 ist der von W. geführte Rechtsstreit zwar als nicht rechtshängig geworden anzusehen (§ 269 III 1 ZPO) und der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit rückwirkend weggefallen. Das bedeutet, dass die Kl. mit der Klagerücknahme der Zedentin auch die Prozessführungsbefugnis erhält, so dass ihr auch die Wirkung der §§ 204 I Nr. 1, 209 BGB zugute käme. Jedoch sei die Klageforderung zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt.

Dem tritt der Senat entgegen.

Richtig sei zwar, dass § 204 I Nr. 1 BGB als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die Berechtigung des Klägers voraussetze (vgl. *BGH*, NJW 2010, 2270). Doch ist hierfür nicht die prozessuale, sondern die materiell-rechtliche Verfügungsbefugnis maßgeblich. Diese hat die Kl. aber bereits durch die Abtretung der Zedentin erhalten – die Tatsache, dass die abgetretenen Ansprüche bereits im Rechtsstreit der W. rechtshängig gemacht wurden, ist gem. § 265 I ZPO unschädlich.

Außerdem ist nach ständiger BGH-Rechtsprechung auch eine unzulässige Klage geeignet, die Verjährung gem. §§ 204 I Nr. 1, 209 BGB zu hemmen (vgl. *BGH*, NJW-RR 1994, 514 [515]; NJW 2004, 3772; NJW 2008, 519).

Die Entscheidung setzt neben der Kenntnis der allgemeinen Verjährungsregeln einen sicheren Umgang mit den zivilprozessualen Begriffen der Prozessführungsbefugnis, sowie der An- und Rechtshängigkeit voraus. Auch die Auswirkungen einer Klagerücknahme gem. § 269 ZPO sollten geläufig sein. Dies kann auch von Kandidaten des ersten Staatsexamens erwartet werden, so dass die Entscheidung durchaus zu beachten ist.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Verjährungshemmung: *BGH,* RA 2009, 715 = JuS 2009, 1055 (Verjährung beim Bürgschaftsver-

trag); *Bayer/Schneider*, JuS 2004, 230 (Examensklausur)

❑ Zur Prozessführungsbefugnis: *BGH*, JuS 2003, 1126 (nach Abtretung einer Forderung); JuS 2003, 299

❑ Zur Klagerücknahme: *BGH,* JuS 2009, 83; JuS 2004, 922 (Kosten der Säumnis)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: „Der defekte Synthesizer"

❑ *Examenskurs*: „Mieser Klebstoff"

Leitsatz:

Wird eine rechtshängige Forderung abgetreten und macht der Zessionar den Anspruch noch während des Vorprozesses erneut rechtshängig, hemmt auch die neue Klage die Verjährung (Rn.8)(Rn.15).

Sachverhalt:

Die Klägerin, eine in Liquidation befindliche Bauträgergesellschaft, nimmt die Beklagten, zwei ehemals in einer Sozietät verbundene Steuerberater, auf Schadensersatz in Anspruch. Sie stützt ihre am 4. Dezember 2007 eingereichte Klage auf eine von E. B. (Vater der Liquidatorin und vormaligen Geschäftsführerin der persönlich haftenden Gesellschafterin der Klägerin) am 9. Juni 2002 an seine damals noch minderjährige Enkelin R. W. (Tochter der klägerischen Liquidatorin) abgetretene und von dieser am 3. Dezember 2007 an sie weiter übertragene Schadensersatzforderung. Zum Zeitpunkt der Abtretung an die Klägerin war noch vor
dem Landgericht Stuttgart ein Verfahren rechtshängig, in dem die Zedentin ihrerseits die Schadensersatzforderung gegen die Beklagten geltend gemacht hatte.

Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte zu 1 habe im Zusammenhang mit einem von diesem vermittelten Grundstückskauf B. durch wahrheitswidrige Angaben über die Bebaubarkeit veranlasst, ihr zur Ablösung des für den Grundstückserwerb aufgenommenen Bankkredits ein Darlehen über 1,1 Mio. DM zu gewähren. Da sie zur Rückzahlung des Darlehens außerstande gewesen sei, sei B. ein erheblicher Schaden entstanden. Die Beklagten haben unter anderem die Verjährungseinrede erhoben.

Die Klage hat in beiden Instanzen keinen Erfolg gehabt. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin

Aus den Gründen:

[4] Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[7] Etwaige Schadensersatzansprüche seien [...] verjährt, da die am 4. Dezember 2007 eingegangene Klage den Lauf der Verjährungsfrist nicht gehemmt habe. Nur die Klage eines Berechtigten falle unter § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Dies sei zwar grundsätzlich der Rechtsinhaber, jedoch nur dann, wenn er auch die Befugnis zur klageweisen Geltendmachung des Anspruchs habe. Zum Zeitpunkt der Klageerhebung sei aber noch das von der Zedentin R. W. eingeleitete Verfahren rechtshängig gewesen. Diese habe während des laufenden Prozesses die ihr von B. abgetretenen Schadensersatzansprüche an die Klägerin übertragen. Die Rechtshängigkeit der Ansprüche habe bis zur Rücknahme der Klage mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2009 fortbestanden, ungeachtet dessen, dass die Zedentin den Vorprozess zuletzt nicht mehr weiterbetrieben und deshalb die mit der dortigen Einleitung des Verfahrens verbundene Hemmung der Verjährung nach § 204 Abs. 2 BGB vorzeitig geendet habe. Solange der Vorprozess rechtshängig gewesen sei, sei die Klägerin nach § 265 Abs. 2 ZPO nicht zur klageweisen Geltendmachung der Ansprüche befugt gewesen. Vielmehr sei deren Rechtsverfolgung ausschließlich dem Vorprozess zugewiesen. Damit sei die Klägerin mangels Prozessführungsbefugnis nicht als Berechtigte im Sinne des § 204 Abs. 1 Nr. 1 ZPO anzusehen. Zum Zeitpunkt der Rücknahme der Klage im Vorprozess sei aber bereits Verjährung eingetreten gewesen.

B. Entscheidung des BGH

[8] Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Klage eines Zessionars, der die vom Zedenten bereits eingeklagte Forderung nach deren Rechtshängigkeit erwirbt und noch während der Rechtshängigkeit des Vorprozesses erneut rechtshängig macht, hemmt die Verjährung der Forderung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

I. § 204 I Nr. 1 BGB setzt nach wie vor die Berechtigung des Klagenden voraus

[9] Nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird die Verjährung durch Erhebung einer Leistungsklage gehemmt. Diese Vorschrift setzt - ebenso wie schon § 209 Abs. 1 BGB a.F. - eine Klage des Berechtigten voraus. Zwar enthält § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB - anders als § 209 Abs. 1 BGB a.F. - nicht mehr ausdrücklich dieses Tatbestandsmerkmal. Am sachlichen Erfordernis einer Berechtigung des jeweiligen Klägers hat sich aber nichts geändert. Denn nach der Begründung des Gesetzentwurfs zur Modernisierung des Schuldrechts wollte der Gesetzgeber lediglich aus systematischen Gründen die in § 209 Abs. 1 BGB a.F. vorgesehene Unterbrechung der Verjährung in eine Hemmung umwandeln. Davon abgesehen sollte § 204 Abs. 1 Nr. 1

BGB aber der Vorschrift des § 209 Abs. 1 BGB a.F. weiterhin entsprechen (vgl. BGH, Urteil vom 29. Oktober 2009 - I ZR 191/07, NJW 2010, 2270 Rn. 38 unter Hinweis auf BT-Drucks. 14/6040, S. 113).

II. Berechtigung folgt der materiell-rechtlichen Verfügungsbefugnis

[10] Maßgebend für die Frage der Berechtigung ist die materiell-rechtliche Verfügungsbefugnis (vgl. nur BGH, Urteile vom 9. November 1966 - V ZR 176/63, BGHZ 46, 221, 229 und 3. Juli 1980 - IVa ZR 38/80, BGHZ 78, 1, 4). Berechtigter ist somit der Rechtsinhaber, es sei denn, es fehlt ihm ausnahmsweise diese Befugnis, wie etwa im Falle der Insolvenz (vgl. Senat, Urteil vom 24. Juni 1965 - III ZR 219/63, LM § 209 BGB Nr. 13; BGH, Urteil vom 26. Januar 1966 - I b ZR 94/64, LM § 209 BGB Nr. 14) oder der Nachlassverwaltung (vgl. BGH, Urteil vom 9. November 1966, aaO); dann ist der Insolvenzverwalter oder der Nachlassverwalter Berechtigter. Berechtigter kann auch der materiell-rechtlich wirksam zur Durchsetzung einer Forderung Ermächtigte sein (BGH, NJW 1999, 3707), selbst wenn das für die Klageerhebung in gewillkürter Prozessstandschaft als Zulässigkeitsvoraussetzung notwendige schutzwürdige rechtliche Interesse des Klägers fehlt (BGH, Urteil vom 3. Juli 1980, aaO S. 4 ff).

III. Kl. ist vorliegend materiell-rechtlich befugt

[11] Im vorliegenden Fall ist die Klägerin - nach Maßgabe der vom Berufungsgericht als wirksam unterstellten Abtretungen - Gläubigerin etwaiger Schadensersatzansprüche gegen die Beklagten geworden und war insoweit auch materiell verfügungsbefugt.

1. Rechtshängigkeit der abgetretenen Ansprüche gem. § 265 I ZPO unbeachtlich

[12] Allerdings waren diese Ansprüche bereits zuvor von der Zedentin rechtshängig gemacht worden. Jedoch schließt die Rechtshängigkeit das Recht einer Partei nicht aus, den geltend gemachten Anspruch abzutreten (§ 265 Abs. 1 ZPO). Prozessual hat die Abtretung auf das laufende Verfahren keinen Einfluss; der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozess als Hauptpartei anstelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben (§ 265 Abs. 2 ZPO). Vielmehr wird der Rechtsstreit vom Zedenten in gesetzlicher Prozessstandschaft fortgeführt und bindet nach Maßgabe des § 325 Abs. 1 ZPO auch den Rechtsnachfolger. Dem neuen Rechtsinhaber fehlt die Prozessführungsbefugnis, er kann sich lediglich als Nebenintervenient am Vorprozess beteiligen. Eine eigene Klage des Zessionars ist danach unzulässig. Ihr stünde im Übrigen auch der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) entgegen.

2. Auch unzulässige Klage hemmt Verjährung

[13] Jedoch hemmt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH auch die unzulässige Klage eines Berechtigten die Verjährung (vgl. nur Urteile vom 19. Januar 1994 - XII ZR 190/92, NJW- RR 1994, 514, 515; vom 28. September 2004 - IX ZR 155/03, BGHZ 160, 259, 263; und 6. Dezember 2007 - IX ZR 143/06, NJW 2008, 519 Rn. 24, jeweils m.w.N.). Dies gilt etwa für die Klage vor einem örtlich oder sachlich unzuständigen Gericht (vgl. nur BGH, Urteil vom 22. Februar 1978 - VIII ZR 24/77, NJW 1978, 1058; Senat, Urteil vom 11. Juni 1992 - III ZR 134/91, BGHR BGB § 209 Abs. 1 Klageerhebung 4, insoweit in BGHZ 118, 368 nicht abgedruckt), für das Fehlen des Feststellungsinteresses bei einer Feststellungsklage (vgl. BGH, Urteile vom 22. Mai 1963 - VIII ZR 49/62, BGHZ 39, 287, 291 und 25. Februar 1988 - VII ZR 348/86, BGHZ 103, 298, 302) oder für eine wegen Nichteinhaltung eines vorgeschriebenen Vorverfahrens unzulässige Klage (Senat, Urteil vom 20. Dezember 1973 - III ZR 154/71, LM TelegrafenwegeG Nr. 3/4).

[14] An dieser Rechtslage hat sich durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) nichts geändert (so auch BGH, Urteil vom 28. September 2004, aaO S. 262 f). Zwar ist § 212 BGB a.F. entfallen. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung galt die Unterbrechung durch Klageerhebung unter anderem dann als nicht erfolgt, wenn die Klage durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Prozessurteil rechtskräftig abgewiesen wurde; erhob jedoch der Berechtigte binnen sechs Monaten von neuem Klage, so galt die Verjährung als durch die Erhebung der ersten (unzulässigen) Klage unterbrochen. Die Streichung von § 212 BGB a.F. sollte aber nach dem Willen des Gesetzgebers nichts daran ändern, dass eine Klage, auch wenn der Rechtsstreit nicht mit einer Sachentscheidung endet, weil die Klage zurückgenommen oder durch Prozessurteil abgewiesen wird, die Verjährung hemmt (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 117 f zur Nachfrist des § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.).

[15] Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts gelten diese Maßstäbe auch für die vorliegende Fallgestaltung. Auch dann, wenn dem Forderungsinhaber die Prozessführungsbefugnis fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 1980, aaO S. 4 ff) oder der Anspruch anderweitig rechtshängig gemacht worden ist (vgl. Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearbeitung 2009, § 204 Rn. 27), hemmt die unzulässige Klage des materiell Berechtigten die Verjährung. Soweit das Berufungsgericht zur Begründung seiner Auffassung die Parallele zu den Fällen der Insolvenz und Nachlassverwaltung gezogen hat, hat es übersehen, dass in diesen Fällen dem Rechtsinhaber nicht nur die Klagebefugnis, sondern auch die materielle Verfügungsbefug-

nis fehlt und deshalb der Rechtsinhaber nicht (mehr) als Berechtigter im Sinne des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB anzusehen ist. Im Unterschied dazu ändert, wie sich unmittelbar aus § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO ergibt, die Rechtshängigkeit eines Anspruchs und die fortbestehende Prozessführungsbefugnis des Zedenten nichts daran, dass infolge der Abtretung die materielle Verfügungsbefugnis auf den Zessionar übergeht (Wieczorek/Schütze/Assmann, ZPO, 3. Aufl., § 265 Rn. 78).

Standort: Mietrecht — Problem: Kündigung

BGH, URTEIL VOM 02.02.2011
VIII ZR 74/10 (BeckRS 2011, 04189)

Problemdarstellung:

Die Kl. mietete 1998 eine Wohnung von den Bekl. an. Im Mietvertrag ist in § 11 geregelt, dass der Mieter ohne ausdrückliche Einwilligung zur Untervermietung nicht berechtigt ist. § 27 des Vertrages bestimmt jedoch: „Die Einwilligung zur Untervermietung wird erteilt. Bei einem Wechsel der Untermieter ist die schriftliche Einwilligung der Vermieter erforderlich."

Zwischen den Parteien kam es in der Folgezeit wiederholt zu Meinungsverschiedenheiten anlässlich eines Wechsels in der Person des Untermieters, insbesondere weil die Bekl. die Erlaubnis von der Darlegung eines berechtigten Interesses in Sinne des § 553 I 1 BGB abhängig machten. Nachdem die Kl. im November 2007 vergeblich die Erlaubnis zur Untervermietung eines Zimmers an Frau A. beantragt hatte, erhob sie Klage auf Zustimmung und nahm Frau A. ab Februar 2008 in der Wohnung auf. Der Rechtsstreit wurde zugunsten der Kl. entschieden. Mit Schreiben vom 07.03.2008 kündigten die Bekl. das Mietverhältnis fristlos, hilfsweise ordentlich wegen unberechtigter Untervermietung. Im November 2008 bat die Kl. um Erlaubnis zur Untervermietung an Frau P. Nachdem dieses Begehren von den Bekl. wiederum abgelehnt worden war, erhob die Kl. erneut Klage auf Zustimmung. Die Bekl. erhoben ihrerseits Widerklage, gerichtet auf Räumung der Wohnung. Nachdem die Untermieterin P. gekündigt hatte, erklärten die Parteien den Rechtsstreit bezüglich der Klage in der Hauptsache für erledigt.

Prüfungsrelevanz:

Nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien hinsichtlich der Klage, kommt es auf die Frage nach der Zustimmung zur Untervermietung nicht mehr an. Denn mit der Erledigungserklärung bringen die Parteien zum Ausdruck, dass sie auf eine Hauptsacheentscheidung verzichten und nur noch eine Kostenentscheidung wünschen (vgl. § 91 a I 1 ZPO). Über die Widerklage muss jedoch weiterhin entschieden werden. Sie stellt nicht bloß ein Verteidigungsmittel dar, das bei Wegfall der Klage ins Leere ginge, sondern ein eigenständiges Angriffsmittel, das aus prozessökonomischen Gründen mit der ursprünglichen Klage verbunden wird (vgl. § 33 ZPO).

Die Räumungswiderklage ist gem. § 546 I BGB begründet, wenn das Mietverhältnis beendet ist. Fraglich ist demnach, ob die Kündigung der Bekl. vom 07.03.2008 wirksam war. Anhaltspunkte, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würden, sieht der Senat anscheinend nicht, denn er lässt sich hierzu nicht ein. Eine ordentliche Kündigung kann gem. § 573 I, II Nr. 1 BGB insbesondere bei einer Pflichtverletzung des Mieters gerechtfertigt sein. Ob die Kl. durch die Untervermietung eine vertragliche Pflicht verletzt hatte, musste einer Auslegung des Mietvertrages entnommen werden. Der Senat geht mit dem Berufungsgericht davon aus, dass in § 27 des Vertrages eine generelle Einwilligung zur Untervermietung eingeräumt wird, so dass die Kl. bei einem Untermieterwechsel kein berechtigtes Interesse i.S.d. § 553 I BGB darlegen muss und die Bekl. ihre Einwilligung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Untermieters versagen dürfen. Einen solchen wichtigen Grund konnten die Bekl. nicht vortragen, so dass die Kl. einen Anspruch auf Einwilligung zum Wechsel in der Person des Untervermieters hatte. Nichtsdestotrotz beging die Kl. eine Pflichtverletzung i.S.d. § 573 II Nr. 1 BGB , da sie ohne die erforderliche Erlaubnis der Bekl. die Untermieter in der Wohnung aufgenommen hatte (vgl. BayObLG, NJW-RR 1991, 461, 462 sowie NJW-RR 1995, 969, 970; OLG Hamm, NJW-RR 1997, 1370; MünchKommBGB/Häublein, 5. Aufl., § 573 Rn. 52). Allerdings verletzten gleichermaßen die Bekl., die dem Anspruch der Kl. auf Erlaubniserteilung zur Untervermietung nicht nachkamen, eine Vertragspflicht. Folglich war das Verhalten der Bekl. als rechtsmissbräuchlich gem. § 242 BGB einzuordnen. Denn wer durch sein eigenes, vertragswidriges Verhalten eine Pflichtverletzung des anderen Teils gerade provoziert, soll hieraus keinen Nutzen ziehen können.

Da mangels wirksamer Kündigung das Mietverhältnis fortbestand war die Widerklage abzuweisen.

Die Entscheidung wird durch die Verknüpfung prozessualer und materiell-rechtlicher Aspekte für Examensklausuren interessant. Das Instrument der Widerklage sollte Examenskandidaten in Grundzügen bekannt sein.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur Widerklage im Allgemeinen: *Schreiber*, Jura 2010, 31; *Huber*, JuS 2010, 1079

❑ Zur Kündigung im Mietrecht: *BGH*, NZM 2006, 50 (Eigenbedarf); NJW 2004, 284 (Bedingung und Befristung); *Börstinghaus*, NZM 2008, 225 (Tendenzen in der Rechtsprechung)

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: „Selbst ist die Frau"

❑ E*xamenskurs*: „Die gestohlene Jacke"

❑ *Assessorkurs*: „Der undankbare Neffe"

Leitsätze:

1. Nimmt der Mieter eine Untervermietung vor, ohne die erforderliche Erlaubnis seines Vermieters einzuholen, verletzt er seine vertraglichen Pflichten auch dann, wenn er einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis hat.

2. Ob ein derartiger Vertragsverstoß des Mieters ein die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses rechtfertigendes Gewicht hat, ist unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.

3. Hat der Mieter eine Erlaubnis zur Untervermietung vom Vermieter rechtzeitig erbeten, so ist eine auf die fehlende Erlaubnis gestützte Kündigung rechtsmissbräuchlich, wenn der Vermieter seinerseits zur Erteilung der Erlaubnis verpflichtet war und ihm somit selbst eine Vertragsverletzung zur Last fällt.

Sachverhalt:

Die Klägerin hat 1998 von den Beklagten zu 1 bis 3 eine Wohnung in F. am Main gemietet. 2 In § 11 Abs. 2 des Mietvertrags ist bestimmt: "Der Mieter ist ohne ausdrückliche Einwilligung des Vermieters weder zu einer Untervermietung noch zu einer sonstigen Gebrauchsüberlassung an Dritte berechtigt, ausgenommen an besuchsweise sich aufhaltende Personen. Die Einwilligung gilt nur für den Einzelfall, sie kann aus wichtigem Grund widerrufen werden. Die Rechte des Mieters aus § 549 Abs. 2 BGB bleiben unberührt."

In § 27 des Mietvertrags ("Sonstige Vereinbarungen") ist unter anderem vorgesehen:

"Die Einwilligung zur Untervermietung wird erteilt. Bei einem Wechsel der Untermieter ist die schriftliche Einwilligung der Vermieter erforderlich. Die Parteien sind sich darüber einig, dass folgende Personen in die Wohnung einziehen werden: Frau G., Frau S. M."

Zwischen den Parteien kam es in der Folgezeit wiederholt zu Meinungsverschiedenheiten anlässlich eines Wechsels in der Person des Untermieters, insbesondere weil die Beklagten die Erlaubnis von der Darlegung eines berechtigten Interesses in Sinne des § 553 Abs. 1 Satz 1 BGB abhängig machten.

Mit Schreiben vom 18. November 2007 bat die Klägerin vergeblich um Erlaubnis zur Untervermietung eines Zimmers an Frau A. ab 1. Dezember 2007. Sie erhob anschließend Klage auf Zustimmung und nahm die Untermieterin A. ab 1. Februar 2008 in der Wohnung auf. Jener Rechtsstreit wurde ebenso wie ein im Jahr 2004 von der Klägerin geführter Zustimmungsprozess wegen eines anderen Untermieters zugunsten der Klägerin entschieden.

Mit Schreiben vom 25. November 2008 bat die Klägerin um Erlaubnis zur Untervermietung eines Zimmers an Frau P. Nachdem die Beklagten die Erteilung der Erlaubnis erneut von der Darlegung eines berechtigten Interesses an der Untervermietung abhängig gemacht hatten, hat die Klägerin im vorliegenden Prozess Klage auf Erteilung der Zustimmung zur Untervermietung an Frau P. erhoben.

Die Klägerin hat zunächst alle drei Beklagten auf Zustimmung in Anspruch genommen, die Klage bezüglich der schon vor Rechtshängigkeit verstorbenen Beklagten zu 1 jedoch wieder zurückgenommen. Die Beklagten zu 2 und 3, die nach dem Tod der Beklagten zu 1 als alleinige Eigentümer des Grundstücks eingetragen worden waren und das Mietverhältnis bereits während des Vorprozesses über die Zustimmung zur Untervermietung an Frau A. mit Schreiben vom 19. Februar 2008 und 7. März 2008 wegen unberechtigter Untervermietung fristlos und hilfsweise ordentlich gekündigt hatten, haben im Wege der Widerklage Räumung und Herausgabe der Wohnung begehrt. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. In der Berufungsinstanz haben die Parteien den Rechtsstreit bezüglich der Klage in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt, nachdem die Untermieterin P. gekündigt hatte. Das Landgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Abweisung der Widerklage.

Aus den Gründen:

[8] Die Revision hat Erfolg.

A. Ausführungen des Berufungsgerichts

[9] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

[11] Die Kündigung sei [...] gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB begründet, weil die Klägerin ihre Pflichten aus dem Mietvertrag mit der ohne die erforderliche Einwilligung der Beklagten erfolgten Untervermietung an Frau A. schuldhaft in nicht unerheblicher Weise verletzt habe. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass es schon in den Jahren 2005 und 2006 ähnliche Vorfälle

gegeben habe und die Klägerin deshalb mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 abgemahnt worden sei.

[12] Der Umstand, dass § 27 des Mietvertrags bereits eine grundsätzliche Erlaubnis zur Untervermietung enthalte, lasse den Tatbestand der schuldhaften Pflichtverletzung nicht entfallen. Die Klägerin könne sich auch nicht darauf berufen, dass ihr die mit Schreiben vom 18. November 2007 erbetene Erlaubnis der Untervermietung an Frau A. nicht alsbald erteilt worden sei. Denn die Klägerin habe die Untervermietung trotz einer vorangegangenen Abmahnung vorgenommen und damit den ausdrücklich geäußerten Vermieterwillen missachtet; hierin liege eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung. Hinsichtlich der Teilerledigung sei zu berücksichtigen, dass das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage auf Erteilung der Untermieterlaubnis bereits während der ersten Instanz infolge der Beendigung des Mietverhältnisses durch die Kündigung der Beklagten vom 7. März 2008 entfallen sei. Da die Erledigung gleichwohl nicht in der ersten Instanz erklärt worden sei, sei es angemessen, der Klägerin auch insoweit die Kosten aufzuerlegen.

B. Entscheidung des BGH

[13] Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Räumungswiderklage ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat verkannt, dass einer Kündigung der Beklagten wegen unerlaubter Untervermietung an Frau A. jedenfalls der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegensteht, weil die Beklagten der Klägerin die ihr nach dem Mietvertrag zustehende und rechtzeitig erbetene Erlaubnis bezüglich der neuen Untermieterin nicht erteilt haben und ihnen daher selbst eine erhebliche Vertragsverletzung zur Last fällt.

[15] Von Rechtsfehlern beeinflusst ist [...] die Würdigung des Berufungsgerichts, die ohne Erlaubnis der Beklagten vorgenommene Untervermietung an Frau A. berechtige die Beklagten ungeachtet des Umstands, dass die Klägerin einen Anspruch auf Erteilung dieser - rechtzeitig erbetenen - Erlaubnis gehabt habe, zur ordentlichen Kündigung des Mietvertrags nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

I. Anspruch der Kl. auf Erlaubniserteilung

[16] Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass der Klägerin ein Anspruch auf Erlaubnis der Untervermietung an Frau A. zustand. Das Berufungsgericht hat die Regelung in § 27 des Mietvertrags dahin ausgelegt, dass der Klägerin das Recht zur Untervermietung grundsätzlich bereits eingeräumt ist, so dass die Klägerin bei einem Untermieterwechsel ein berechtigtes Interesse (§ 553 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht mehr darlegen muss und die Beklagten die nach dem Mietvertrag auch für den Fall eines Untermieterwechsels vorgesehene schriftliche Einwilligung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Untermieters versagen dürfen.

[17] Gegen diese Auslegung wendet sich die Revisionserwiderung vergeblich. Die Auslegung einer Individualerklärung kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinander gesetzt hat und ob dabei gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurteile vom 5. März 2008 - VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439 Rn. 19; vom 18. Juli 2007 - VIII ZR 285/06, NZM 2007, 727 Rn. 10). Derartige Fehler zeigt die Revisionserwiderung nicht auf. Insbesondere steht § 11 des Mietvertrags, der die Untervermietung von einer Erlaubnis des Vermieters abhängig macht, der Auslegung des Berufungsgerichts, § 27 des Mietvertrags enthalte bereits eine generelle Untermieterlaubnis, nicht entgegen. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist möglich und daher für das Revisionsgericht bindend.

[19] Bei pflichtgemäßem Verhalten hätten die Beklagten daher die von der Klägerin mit Schreiben vom 8. November 2007 erbetene Erlaubnis zur Untervermietung an Frau A. erteilen müssen, denn ein wichtiger Grund in der Person der Untermieterin ist nicht vorgetragen worden und auch sonst nicht ersichtlich.

II. Pflichtverletzungen der Parteien

[20] Zutreffend geht das Berufungsgericht ferner davon aus, dass ein Mieter, der eine Untervermietung vornimmt, ohne die erforderliche Erlaubnis seines Vermieters einzuholen, damit seine vertraglichen Pflichten auch dann verletzt, wenn er letztlich einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis hat (BayObLG, NJW-RR 1991, 461, 462 sowie NJW-RR 1995, 969, 970; OLG Hamm, NJW-RR 1997, 1370; MünchKommBGB/Häublein, 5. Aufl., § 573 Rn. 52; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 543 Rn. 79). Dem Berufungsgericht ist schließlich auch noch darin beizupflichten, dass die Frage, ob in einem derartigen Fall der Vertragsverletzung ein die ordentliche Kündigung rechtfertigendes Gewicht zukommt, anhand einer Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist. Hierbei kommt es auch auf die Gründe an, die den Mieter dazu bestimmen, einem Dritten ohne die Genehmigung des Vermieters den Gebrauch der Mietsache zu überlassen; insbesondere eine bewusste Missachtung der Belange oder der Person des Vermieters kann der Vertragsverletzung Gewicht verleihen (vgl. BayObLG, NJW-RR 1995, 969, 971; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 573 BGB Rn. 24).

[21] Die Einholung der Genehmigung hat den Zweck, dem Vermieter Gelegenheit zu geben, seine Einwände gegen die Untervermietung - hier gegen die Person der

neuen Untermieterin - geltend zu machen, bevor dem Untermieter die Räume überlassen werden (BayObLG, NJW- RR 1995, 969, 970). Dieser Pflicht ist die Klägerin jedoch insoweit nachgekommen, als sie die Erlaubnis zur Untervermietung an Frau A. rechtzeitig erbeten hat, so dass die Beklagten etwaige Bedenken gegen die Person der neuen Untermieterin vorbringen konnten. Da es solche Bedenken indes nicht gab, waren die Beklagten - wie oben dargelegt - zur alsbaldigen Zustimmung zur Untervermietung an Frau A. verpflichtet und durften sie nicht von der Darlegung eines berechtigten Interesses abhängig machen.

III. Pflichtverletzung der Bekl.; Einwand des Rechtsmissbrauchs

[22] Dem somit den Beklagten zur Last fallenden Vertragsverstoß hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft keine Bedeutung beigemessen. Zum einen hat es verkannt, dass sich die Klägerin angesichts des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten in einer gewissen "Zwangslage" befand. Bei einem Abwarten bis zum Erlass eines die vertragswidrig nicht erteilte Untermieterlaubnis ersetzenden rechtskräftigen Urteils wären der Klägerin in der Zwischenzeit die Einnahmen aus der Untermiete entgangen und hätte die Untermieterin möglicherweise das Interesse an der Anmietung verloren. Inwieweit unter Berücksichtigung dieser Umstände überhaupt noch von einem vertragswidrigen Verhalten der Klägerin von einem gewissen Gewicht gesprochen werden kann, bedarf keiner Entscheidung, denn jedenfalls ist es den Beklagten wegen des Verbots rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) verwehrt, sich bei ihrer Kündigung auf das Fehlen einer Erlaubnis zu berufen, die sie der Klägerin hätten erteilen müssen, wenn sie sich selbst vertragsgemäß verhalten hätten.

Strafrecht

Standort: § 22 StGB Problem: Unmittelbares Ansetzen

BGH, BESCHLUSS VOM 12.01.2011
1 STR 540/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war als Hausmeister und später auch als Pfleger für die gebrechliche Frau J tätig. Er überredete sie dazu, ihm ihr Haus zu schenken, wobei sie selbst ein Wohnrecht behalten und weiterhin vom Angeklagten gepflegt werden sollte. Der Angeklagte erklärte, dass er im Falle der Übertragung des Hauses auf ihn Schenkungssteuer in Höhe von 150.000,00 € bezahlen müsse, obwohl er wusste, dass die tatsächlich Schenkungssteuer nur etwas mehr als die Hälfte dieser Summe betragen würde. Daraufhin erklärte sich Frau J bereit, dem Angeklagten auch die entsprechende Summe zu schenken, damit er die Schenkungssteuer begleichen könne. Der Angeklagte ließ einen Vertrag aufsetzen, in dem insbesondere auch die Schenkung von 150.000,00 € zur Begleichung der Schenkungssteuer zugesichert wurde. Dabei sollte vereinbart werden, dass eine Rückerstattung des Restbetrages nicht geschuldet sein sollte, auch wenn die Schenkungssteuer weniger als 150.000,00 € betragen sollte. Zum Abschluss des Vertrages kam es jedoch nicht mehr, weil der Angeklagte am Tag der geplanten notariellen Beurkundung festgenommen wurde.

Das Landgericht Augsburg hatte den Angeklagten wegen versuchten Betrugs, §§ 263 I, 22, 23 I StGB, verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin hob der BGH das Urteil auf. Der BGH äußerte starke Zweifel daran, ob der Angeklagte durch sein Verhalten bereits i.S.v. § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt hatte; jedenfalls müsse aber die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts gem. § 24 I StGB ernsthaft in Erwägung gezogen werden.

Prüfungsrelevanz:

Versuchsprüfungen sind immer wieder in Examensaufgaben durchzuführen. Hierbei liegen die Schwerpunkte der insofern anzusprechenden versuchstypischen Probleme beim unmittelbaren Ansetzen, § 22 StGB, sowie bei der Prüfung der Voraussetzungen des strafbefreienden Rücktritts gem. § 24 StGB. In der vorliegenden Entscheidung geht der BGH auf beide Themenkreise eingeht und zeigt insbesondere auf, dass eine alte "Grundregel" zum unmittelbaren Ansetzen (dass nämlich ein unmittelbares Ansetzen jedenfalls dann gegeben ist, wenn der Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht hat) mit Vorsicht zu genießen ist. Allein schon deshalb bietet sich dieser Fall als Vorlage für eine Examensaufgabe an.

Voraussetzung für einen strafbaren Versuch ist gem. § 22 StGB stets, dass der Täter zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt (vgl. insofern die Darstellung im Skript StrafR AT I, Rn. 495 ff.). Der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens ist deshalb besonders wichtig, weil er den Übergang von der - straflosen - Vorbereitungshandlung hin zum - strafbaren - Versuch darstellt. Nach der ganz herrschenden gemischt objektiv-subjektiven Theorie ist ein unmittelbares Ansetzen dann gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten und Handlungen vorgenommen hat, die nach seiner Vorstellung von der Tat ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen und deshalb das geschützte Rechtsgut nach der Tätervorstellung bereits konkret gefährdet ist (BGH, NStZ 2007, 336; Fischer, § 22 Rn. 10).

Teilweise wird propagiert, dass es zum unmittelbaren Ansetzen eine "Grundregel" gebe, die besage, dass ein solches stets gegeben sei, wenn der Täter bereits ein objektives Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht habe (OLG Bamberg, NStZ 1982, 247; Meyer, JuS 1977, 19, 22; Kühl, AT, § 15 Rn. 55). Das Kriterium der "Teilverwirklichung" kann jedoch allenfalls ein Indiz für das unmittelbare Ansetzen darstellen und keine die allgemeine Definition ersetzende generelle Regel. So tritt der Täter etwa beim versuchten Meineid, §§ 154 I, 22, 23 I StGB, nicht bereits durch das Tätigen der Aussage ins Versuchsstadium ein (obwohl er dann bereits ein Merkmal des objektiven Tatbestandes des § 154 I StGB verwirklicht hat), sondern erst durch den Beginn des Sprechens der Eidesformel (vgl. Roxin, AT II, § 29 Rn. 110 ff.). Auch im vorliegenden Fall stellt der BGH klar, dass ein unmittelbares Ansetzen des Angeklagten zum versuchten Betrug nicht schon allein deshalb angenommen werden könne, weil dieser sein Opfer (Frau J) bereits über die Höhe der anfallenden Schenkungssteuer getäuscht und somit schon einen Teil des Tatbestandes des § 263 I StGB verwirklicht hatte. Diese Täuschung war nämlich der für die Vollendung des Betruges auch erfor-

derlichen Vermögensverfügung der Frau J weit vorgelagert. Eine Verfügung wäre erst durch die notarielle Beurkundung des Schenkungsvertrags erfolgt. Da diese aber noch nicht begonnen hatte, war ein unmittelbares Ansetzen des Angeklagten auch noch nicht selbstverständlich.

Der BGH führt in dem vorliegenden Beschluss aus, dass es auf das Vorliegen eines unmittelbaren Ansetzens des Angeklagten dann nicht ankommen würde, wenn dieser jedenfalls gem. § 24 StGB strafbefreiend zurückgetreten wäre. Beim Rücktritt eines Alleintäters - wie im vorliegenden Fall - hängen die Voraussetzungen für einen solchen gem. § 24 I StGB davon ab, ob es sich um einen unbeendeten oder beendeten Versuch handelt (vgl. hierzu die Darstellung im Skript StrafR AT I, Rn. 525 ff.). Beim unbeendeten Versuch muss der Täter lediglich freiwillig die weitere Tatausführung aufgeben, § 24 I 1 1. Fall StGB, während er beim beendeten Versuch freiwillig die Vollendung der Tat verhindern, § 24 I 1 2. Fall StGB, oder sich zumindest freiwillig und ernsthaft hierum bemüht haben muss wenn die Vollendung aus anderen Gründen nicht eingetreten ist, § 24 I 2 StGB. Unbeendet ist der Versuch, solange der Täter glaubt, noch nicht alles zur Herbeiführung des Erfolges Notwendige getan zu haben (BGHSt 31, 170, 171; BGH, NStZ-RR 2006, 101, 102; Fischer, § 24 Rn. 14; Lackner/Kühl, § 24 Rn. 3). Da dem Angeklagten im vorliegenden Fall wahrscheinlich klar war, dass es zur Vollendung des Betruges noch der Unterzeichnung des notariellen Schenkungsvertrages auch durch ihn selbst bedurft hätte (vgl. § 518 I 1 BGB, § 13 I 1.Hs BeurkG), er also noch selbst weitere Handlungen zur Erfolgsherbeiführung hätte vornehmen müssen, liegt die Annahme eines unbeendeten Versuchs nahe. Das dann für einen Rücktritt ausreichende Aufgeben der weiteren Tatausführung könnte nach Auffassung des BGH darin zu sehen sein, dass der Angeklagte einen Vertragsentwurf für die Schenkung vorlegen lassen wollte, in dem ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass die für die Übertragung des Grundstücks zu zahlende Schenkungssteuer auch unter dem Betrag von 150.00,00 € liegen könnte. Hierdurch würde aber die durch die ursprüngliche Täuschung bewirkte Fehlvorstellung der Frau J wieder richtig gestellt werden, sodass kein Irrtum und damit auch kein Betrug mehr gegeben wäre.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum unmittelbaren Ansetzen, insb. bei Teilverwirklichung des Tatbestandes: *BGH*St 37, 294; *BGH*, NStZ 2002, 433; *OLG Bamberg*, NStZ 1982, 247; *Meyer*, JuS 1977, 19

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Schmuckhändler"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Für ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch i.S.v. § 22 StGB genügt es regelmäßig, dass der Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht. Ein versuchter Betrug ist also in der Regel dann gegeben, wenn der Täter getäuscht hat.

2. Jedoch muss das, was der Täter zur Verwirklichung seines Vorhabens getan hat, zu dem in Betracht kommenden Straftatbestand und dessen beabsichtigter Verwirklichung in Beziehung gesetzt werden. Handelt es sich also bei einem Betrugsversuch um ein mehraktiges Geschehen, so ist erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich, die den Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Verfügungsverfügung bestimmen und den Vermögensschaden herbeiführen soll.

Sachverhalt:

Seit 2002 arbeitete der Angeklagte für die 1923 geborene Frau J als Hausmeister. Nachdem diese im September 2005 schwer gestürzt war, kümmerte er sich gegen entsprechendes Honorar u.a. auch um deren körperliche Hygiene und Verpflegung. Im August 2008 erklärte sich Frau J mit dem Vorschlag des Angeklagten einverstanden, ihm das ihr gehörende Grundstück, dessen Verkehrswert das Urteil nicht mitteilt, zu schenken. In dem darauf stehenden Haus sollte sie weiterhin unentgeltlich wohnen dürfen und vom Angeklagten wie bisher gepflegt werden. Bei diesem Gespräch spiegelte der Angeklagte Frau J "bewusst wahrheitswidrig [...] vor, dass für die Übertragung des Anwesens Schenkungssteuer in Höhe von 150.000 € anfallen würde", obwohl er "wusste, dass die" Steuer "wesentlich niedriger [...] sein", nämlich 81.175,40 € betragen würde. Da der Angeklagte sie nicht hätte bezahlen können, willigte Frau J ein, ihm 150.000 € zusätzlich "zur Begleichung der anfallenden Schenkungssteuer zu schenken".

Mitte September 2008 beauftragte der Angeklagte einen befreundeten Rechtsanwalt, einen Überlassungsvertrag zu entwerfen. Der Entwurf enthielt in § 9 folgende Regelung: "Die Überlasserin übergibt dem Übernehmer neben der Überlassung des Grundstücks einen Betrag in Höhe von 150.000 € als Schenkung. Den Betrag in Höhe von 150.000 € übergibt die Überlasserin an den Übernehmer im Ausgleich der mit der Überlassung und auch der Schenkung des Betrages von 150.000 € anfallenden Schenkungssteuer. Sollte die anfallende Schenkungssteuer unter dem Betrag von 150.000 € liegen, ist vom Übernehmer eine teilweise Rückerstattung nicht geschuldet. Ein möglicher Restbetrag wird dem Übernehmer von der Überlasserin geschenkt".

Nachdem der Angeklagte den Vertragsentwurf gebilligt hatte, übersandte ihn sein Rechtsanwalt an einen Notar, der den Beurkundungstermin auf den 1. Oktober 2008 um 17.00 Uhr bestimmte. Zu der Beurkundung kam es nicht mehr, weil der Angeklagte am Vormittag des genannten Tages festgenommen wurde.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Revision des Angeklagten

[1 - 5] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Betruges zu einer einjährigen Freiheitsstrafe verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt und ihn von weiteren Vorwürfen freigesprochen. Gegen die Verurteilung wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision. Schon die Sachrüge ist erfolgreich. Eines näheren Eingehens auf die zudem erhobene Verfahrensrüge bedarf es daher nicht. [...]

2. Entscheidung des BGH

[6] Diese Feststellungen vermögen die Verurteilung wegen versuchten Betruges nicht zu tragen. Denn sie belegen nicht, dass der Angeklagte nach seinem Tatentschluss zur Verwirklichung des Betruges unmittelbar angesetzt hat (§ 22 StGB) und ggf. von dessen Versuch nicht strafbefreiend zurückgetreten ist (§ 24 Abs. 1 StGB).

a) Zum unmittelbaren Ansetzen des Angeklagten zum Versuch

[7] Der Senat hat Bedenken, ob der Angeklagte die nach § 22 StGB für den Versuchsbeginn maßgebliche Schwelle schon überschritten hat. Zwar trifft die vom Landgericht vertretene Ansicht zu, dass es hierfür regelmäßig genügt, dass ein Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 1991 - 2 StR 527/90, BGHSt 37, 294, 296; BGH, Beschluss vom 7. Februar 2002 - 1 StR 222/01, NStZ 2002, 433, 435). Es hat insofern eine Täuschung bejaht. Jedoch muss das, was der Täter zur Verwirklichung seines Vorhabens getan hat, zu dem in Betracht kommenden Straftatbestand und dessen beabsichtigter Verwirklichung in Beziehung gesetzt werden. Handelt es sich aber dabei - wie hier - um ein mehraktiges Geschehen, so ist erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich, die den Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Verfügungsverfügung bestimmen und den Vermögensschaden herbeiführen soll (vgl. Satzger in SSW, StGB, 1. Aufl., § 263 Rn. 254). Daher lag es nicht nahe, auf die in dem ersten, im August 2008 geführten Gespräch hinsichtlich der Höhe der Schenkungssteuer gemachte Angabe abzustellen. Denn diese konnte nicht ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in die angestrebte Vermögensverschiebung münden, sondern sollte diese nur vorbereiten. Insbesondere bedurfte es auch nach der Vorstellung des Angeklagten noch der Ausarbeitung eines entsprechenden schriftlichen Vertrages und zwingend (§ 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB) dessen notarieller Beurkundung. Angesichts dessen vermag der Senat den Feststellungen ebenfalls nicht zu entnehmen, dass der Angeklagte gar ohne Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals das Vorbereitungsstadium (hierzu BGH, Urteil vom 16. Januar 1991 - 2 StR 527/90, BGHSt 37, 294, 297; BGH, Beschluss vom 7. Februar 2002 - 1 StR 222/01, NStZ 2002, 433, 435) bereits verlassen und die Schwelle zum "Jetzt geht es los", also zum ohne Zwischenakte den Tatbestand verwirklichenden Tun überschritten hatte. Die Frage des unmittelbaren Ansetzens kann er aber letztlich offen lassen.

b) Zum Vorliegen eines strafbefreienden Rücktritts

[8] Denn jedenfalls hat das Landgericht nicht geprüft, ob der Angeklagte von dem - angenommenen - Betrugsversuch strafbefreiend zurückgetreten ist. Eventuell ist es im Hinblick auf die einige Stunden vor dem Notartermin erfolgte Festnahme des Angeklagten von einem fehlgeschlagenen Versuch ausgegangen. Hierdurch hat es sich jedoch den Blick auf die Möglichkeit verstellt, dass der Angeklagte bereits zuvor vom Versuch zurückgetreten ist.

[9] Insofern wäre es für die Voraussetzungen des für den allein handelnden Täter maßgeblichen § 24 Abs. 1 StGB zunächst darauf angekommen, ob ein beendeter oder ein unbeendeter Versuch vorliegt. Im ersten Fall erlangt der Täter Strafbefreiung nur dann, wenn er durch aktives Tun den Eintritt des Erfolges freiwillig verhindert. Im zweiten Fall genügt es, wenn er während der Ausführung seines Tatplans dessen weitere Durchführung freiwillig aufgibt. Maßgeblich für die Abgrenzung ist der sog. Rücktrittshorizont, d.h. die Vorstellung des Täters nach der letzten Ausführungshandlung (BGH, Urteil vom 12. November 1987 - 4 StR 541/87, BGHSt 35, 90, 93 f.).

[10] Hierzu enthält das Urteil keinerlei Feststellungen. Diese zu treffen hätte aber schon wegen der Ausgestaltung des dem Notar übermittelten Entwurfs eines Übernahmevertrages Anlass bestanden. Denn hierin war nicht nur von der für das zu schenkende Grundstück anfallenden Steuer die Rede, sondern es wurde - was das Landgericht ebenfalls nicht ausdrücklich gewürdigt hat - zutreffend auch auf diejenige für die Geldschenkung hingewiesen. Beide zusammen hätten nach den §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 7, 10, 16 Abs. 1 Nr. 5, 19 Abs. 1 ErbStG (in der zum Tatzeitraum geltenden Fassung) 128.992 € betragen, wenn man die in der Beweiswürdigung mitgeteilte Annahme des Angeklagten zugrunde legt, "das Haus" sei 300.000 € wert. Schließlich verwies der Vertragsentwurf auf die Mög-

lichkeit, dass die insgesamt fällig werdende Steuer weniger als 150.000 € ausmachen könnte. Der Umstand, dass diese in Aussicht genommene Regelung keine Täuschung (mehr) enthielt und der Notar verpflichtet gewesen wäre, sie Frau J vor der Beurkundung vorzulesen (§ 13 Abs. 1 Satz 1 BUrkG), durfte in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben und hätte zur Prüfung der Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 StGB führen müssen.

3. Zur Verfahrensrüge

[11] Auf die erhobene Verfahrensrüge, das Recht des Angeklagten auf konfrontative Befragung der Belastungszeugin (Art. 6 Abs. 3 Buchst. b MRK) sei dadurch verletzt worden, dass keine ermittlungsrichterliche Vernehmung Frau J s durchgeführt wurde, bei der diese zumindest durch einen Verteidiger hätte "konfrontativ" befragt werden können, kommt es somit nicht mehr an. Der Senat bemerkt jedoch, dass diese nur dann hätte erfolgreich sein können, wenn das Unterlassen der Vernehmung der Justiz zuzurechnen (vgl. BGH, Beschluss vom 29. November 2006 - 1 StR 493/06, BGHSt 51, 150), die Durchführung der Vernehmung m.a.W. geboten gewesen wäre. Dies war aber nicht schon deshalb so, weil Frau J im fraglichen Zeitpunkt 85 Jahre alt und infolge ihres Sturzes im Jahr 2005 "körperlich gebrechlich" war. Insbesondere war nicht vorhersehbar, dass sie Anfang November 2008 einen Schlaganfall mit Hirnblutung erleiden würde, infolge dessen sie bis zu ihrem Tod im Februar 2009 nicht mehr vernehmungsfähig sein würde. Bei ihren im Oktober 2008 durchgeführten polizeilichen Vernehmungen war Frau J ungeachtet eines "schwankenden Zustandes" jedenfalls uneingeschränkt zeugentüchtig, wie das Landgericht im Urteil ausführlich dargelegt hat.

Standort: § 266 I 1.Fall StGB — Problem: Missbrauch der Befugnis

BGH, URTEIL VOM 16.12.2010
4 STR 492/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Dem Angeklagten war von der R-GmbH, die insbesondere Supermarktketten mit Computern belieferte, Handlungsvollmacht gem. § 54 HGB erteilt worden. Im Innenverhältnis hatte der Angeklagten jedoch die Weisung erhalten, entsprechende Vertragsangebote mit dem Geschäftsführer der GmbH abzustimmen. Der Angeklagte verkaufte wiederholt Computer und Computerzubehör an Kunden der R-GmbH zu einem Preis, der unter dem Einkaufpreis lag, um für die entsprechenden Vertragsabschlüsse Prämien zu erhalten. Dem Geschäftsführer legte er jeweils manipulierte Unterlagen vor, aus denen sich ein höherer Verkaufspreis ergab als tatsächlich vereinbart.

Das Landgericht Paderborn hatte in dem Verkauf der Waren zu einem Preis unter dem Einkaufspreis eine Untreue des Angeklagten gem. § 266 I 1.Fall StGB gesehen und diesen entsprechend verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten wies der BGH als unbegründet zurück. Dieser besitze nicht nur aufgrund der Handlungsvollmacht eine Befugnis i.S.v. § 266 I 1.Fall StGB, sondern habe diese auch dadurch missbraucht, dass er die Waren an Dritte unter Wert verkaufte.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand der Untreue, § 266 I StGB, hat in der jüngeren Vergangenheit vor allem im Zusammenhang mit der Durchführung von riskanten Bankgeschäften und der Einrichtung sog. "schwarzer Kassen" Relevanz erlangt (vgl. BGH, RA 2009, 43 = DB 2008, 2698; RA 2009, 730 = WM 2009, 1930; RA 2010, 637 = NStZ 2010, 700). In diesen Fällen war meist nur der sog. Treuebruchstatbestand, § 266 I 2.Fall StGB, ernsthaft in Betracht zu ziehen. Der vorliegende Fall allerdings stellt ein fast schon schulmäßiges Beispiel für den sog. Missbrauchstatbestand, § 266 I 1.Fall StGB, dar. Da sich anhand dieses Falles das kennzeichnende Element einer Missbrauchsuntreue gem. § 266 I 1.Fall StGB, der Missbrauch einer Befugnis, sehr schön darstellen lässt, bietet er sich als Vorlage für alle Arten von Examensaufgaben an. Aus Prüfersicht ist dieser Fall insbesondere auch deshalb interessant, weil er Gelegenheit dazu bietet, innerhalb einer strafrechtlichen Fallgestaltung zivilrechtliche Probleme, nämlich die verschiedenen Arten von Vollmachten und die Möglichkeit ihrer Beschränkung, anzusprechen.

Eine (Missbrauchs-) Untreue gem. § 266 I 1.Fall StGB setzt voraus, dass der Täter die ihm eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichtet, missbraucht. Ein solcher Missbrauch der Befugnis ist dann gegeben, wenn der Täter im Rahmen seines rechtlichen Könnens im Außenverhältnis aber unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis handelt (BGHSt 5, 61, 63; Joecks, § 266 Rn. 18; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 545).

Das bedeutet - worauf auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung hinweist -, dass der Missbrauchstatbestand des § 266 I 1.Fall StGB nur auf solche Vollmachten Anwendung finden kann, bei denen es möglich ist, dass das rechtliche Können des Bevollmächtigten im Außenverhältnis über das Dürfen im Innen-

verhältnis hinausgeht. Ein klassisches Beispiel hierfür ist die Prokura (vgl. §§ 48 ff. HGB): Bei dieser handelsrechtlichen Vollmacht ist der Umfang durch das Gesetz festgelegt, § 49 HGB. Eine Beschränkung der Prokura ist nur im Innenverhältnis möglich, Dritten gegenüber (also im Außenverhältnis) ist diese unwirksam, § 50 I HGB. D.h. dass ein Prokurist, dessen Prokura z.B. auf Geschäfte bis zu einer gewissen Größenordnung beschränkt wurde, größere Geschäfte zwar nicht tätigen darf, dies aber immer noch kann.

Im vorliegenden Fall war dem Angeklagten zwar keine Prokura, aber eine Handlungsvollmacht gem. § 54 HGB erteilt worden und zwar zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften (sog. Arthandlungsvollmacht), nämlich dem Verkauf von Computern und Computerzubehör an Händler. Eine solche Handlungsvollmacht erstreckt sich gem. § 54 I HGB auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Eine Beschränkung der Handlungsvollmacht gilt einem Dritten gegenüber nur, wenn dieser sie kannte oder kennen musste, § 54 III HGB. Der Angeklagte hatte zwar die Weisung erhalten, dass er entsprechende Verträge nicht abschließen durfte, ohne sie vorher mit dem Geschäftsführer der R-GmbH abzuschließen. Da diese Beschränkung den Kunden der R-GmbH aber nicht bekannt war und diese sie auch nicht kennen mussten, konnte der Angeklagte die R-GmbH auch ohne Absprache mit deren Geschäftsführer wirksam vertreten. In den Fällen, in denen er ohne Absprache mit dem Geschäftsführer Waren unter dem Einkaufspreis weiterverkauft hatte, hatte er somit wirksame Verträge abgeschlossen (also im Rahmen seines rechtlichen Könnens gehandelt), obwohl er dies nach den internen Weisungen nicht hätte tun dürfen (also unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens).

Vertiefungshinweise:

❑ Zum "Missbrauch" i.S.v. § 266 I 1.Fall StGB: *BGH*, NStZ 2001, 155; 2006, 210; 2007, 579; wistra 2007, 259; *Eisele*, GA 2001, 377; *Knauer*, NStZ 2002, 399; *Stoffers*, JR 2010, 239

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Perlenkette"

❑ *Examenskurs*: "Früh übt sich..."

Leitsatz (der Redaktion):

Der Missbrauchstatbestand gemäß § 266 I 1.Fall StGB erfasst Rechtsbeziehungen, durch die einem Beteiligten rechtliches Können gewährt wird, das über das rechtliche Dürfen hinausgeht.

Sachverhalt:

Der Angeklagte war im Tatzeitraum Vertriebsleiter der Firma R-GmbH (Firma R), die Supermärkte, Handelsmärkte und Online-Shops mit Computern und Computerzubehör belieferte. In dieser Funktion war der Angeklagte insbesondere für das Aushandeln und den Abschluss von Geschäften mit Großkunden der Firma R zuständig. Er war bevollmächtigt, im Außenverhältnis wirksam Verträge abzuschließen. Im Innenverhältnis musste er die Vertragsangebote mit dem Geschäftsführer der Firma R, dem Zeugen K, abstimmen. Der Angeklagte schloss in den vier als Untreue abgeurteilten Fällen unter Missachtung der Vorgaben der Geschäftsleitung Kaufverträge mit zu geringen, unter dem Einkaufs- bzw. Herstellungspreis liegenden Verkaufspreisen ab (Fälle II. 2., 4., 6. und 8. der Urteilsgründe). Alle gegenständlichen Verträge wurden zu den vom Angeklagten ausgehandelten, unter dem Selbstkostenpreis liegenden Verkaufspreisen abgewickelt.

Einer der Großkunden war die Firma Ro GmbH & Co L KG (Firma Ro), die unter dem Label "N" eine Reihe von Supermärkten betreibt und im Rahmen von Aktionen auch jeweils größere Posten an Unterhaltungselektronik, Computern und Computerzubehörteilen bei der Firma R kaufte. Als deren Vertreter schloss der Angeklagte am 24. Juli 2007 einen Kaufvertrag mit der Firma Ro über 4.500 Computer zu einem Verkaufspreis von 303 € pro Stück, obwohl der Einkaufspreis bei 313,80 € lag (Fall II. 2. der Urteilsgründe). In der nachfolgend von der Firma Ro übersandten Kaufbestätigung änderte der Angeklagte den Verkaufspreis handschriftlich auf 351 € pro Stück ab; sodann legte er die Bestätigung dem Geschäftsführer der Firma R, dem Zeugen K, zur Unterschrift vor. Das von diesem unterzeichnete Schriftstück sandte der Angeklagte allerdings nicht, wie von der Firma Ro erbeten, an diese zurück. Die Firma Ro behielt letztlich 2.700 Computer. Der Firma R entstand durch den Verkauf unter dem Einkaufspreis ein Schaden in Höhe von 29.160 €.

Auch in den anderen drei Fällen der Untreue ging der Angeklagte in vergleichbarer Weise vor. Im Fall II. 8. der Urteilsgründe verkaufte der Angeklagte der Firma Ro 2.200 Media-Player, wobei die Käuferin nur 1.100 Geräte behielt, zu einem Preis von 125 €, obwohl der Einkaufspreis bei 131,80 € pro Stück lag. Die Firma G-AG kaufte 180 Einsteiger-PCs zu einem Preis von je 180 €, obwohl der Herstellungspreis 226,29 € betrug (Fall II. 4. der Ur-teilsgründe). Mit der Firma C-E-SE, die 600 LCD-Monitore kaufte, deren Einkaufspreis pro Stück bei 163,50 € lag, vereinbarte der Angeklagte einen Verkaufspreis von jeweils 157 € (Fall II. 6. der Urteilsgründe).

Der Angeklagte erhielt neben seinem Festgehalt umsatzabhängige Provisionszahlungen. Ihm standen als

Provision 8 % der Rohertragssumme zu, die jeweils im abgelaufenen Monat an seine Kunden fakturiert wurden; bei dem Rohertrag handelte es sich um die Differenz zwischen dem Bewertungspreis bzw. den Herstellungskosten und dem Verkaufspreis. Der Bewertungspreis ergibt sich aus dem Einkaufspreis zuzüglich eines Gemeinkostenzuschlags von 2 %. Für die Provisionsabrechnung führte die Firma R eine Art Kontokorrentkonto.

In den jeweils als versuchten Betrug abgeurteilten Fällen II. 1., 3., 5. und 7. der Urteilsgründe spiegelte der Angeklagte nach Vertragsabschluss der Geschäftsführung der Firma R vor, die Verträge mit höheren, über dem Bewertungspreis bzw. den Herstellungskosten liegenden Verkaufspreisen abgeschlossen zu haben, um auf diese Weise Provisionszahlungen zu erhalten, auf die er keinen Anspruch hatte. Es handelte sich hierbei um die bereits dargestellten Vertragsabschlüsse mit der Firma Ro vom 24. Juli 2007 (Fall II. 3. der Urteilsgründe), der Firma G-AG - hier spiegelte der Angeklagte einen Verkaufspreis von 265 € vor - (Fall II. 5. der Urteilsgründe) und der Firma C-E-SE, wobei der Angeklagte wahrheitswidrig einen Verkaufspreis von 170,50 € erklärte (Fall II. 7. der Urteilsgründe). Der Fall II. 1. der Urteilsgründe betraf einen weiteren Vertragsabschluss mit der Firma Ro. Der Angeklagte vereinbarte mit dem dort als Einkaufsleiter tätigen Zeugen F die Lieferung von 3.600 LCD-TV-Geräten, wobei letztlich allenfalls 1.335 Geräte bei der Firma Ro verblieben, zum Preis von je 181 €, obwohl der Bewertungspreis bei 181,88 € lag. In der von der Firma Ro. übersandten Kaufbestätigung änderte der Angeklagte handschriftlich den Verkaufspreis in 191 € pro Stück ab. Der Zeuge K, der die Kaufbestätigung unterschrieb, ging somit von einem gemäß seiner Vorgabe tatsächlich vereinbarten Kaufpreis von 191 € aus. Die Strafkammer konnte nicht feststellen, ob die in den vier Fällen zu Unrecht erstrebten Provisionen tatsächlich ausgezahlt oder auf andere Weise mit den Einkünften des Angeklagten verrechnet wurden.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Revision des Angeklagten

[1 - 6] Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freisprechung im Übrigen wegen Untreue in vier Fällen und versuchten Betruges in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten verurteilt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. [...]

II. Entscheidung des BGH

[7] Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils auf Grund der Sachrüge hat einen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten nicht ergeben.

[8] Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch. Der Angeklagte hat in den Fällen II. 2., II. 4., II. 6. und II. 8. der Urteilsgründe jeweils den Tatbestand der Untreue in der Alternative des Missbrauchstatbestandes verwirklicht. Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts hat er in diesen Fällen nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht, sondern im Rahmen des ihm nach außen hin möglichen Könnens gehandelt. Ebenso wenig ist die Annahme von Tatmehrheit zwischen Untreue und versuchtem Betrug in den Fällen II. 2./3., II. 4./5. und II. 6./7. der Urteilsgründe zu beanstanden.

1. Zum Vorliegen der Voraussetzungen der Missbrauchsuntreue gem. § 266 I 1.Fall StGB

[9] Der Missbrauchstatbestand gemäß § 266 Abs. 1 1. Alt. StGB erfasst Rechtsbeziehungen, durch die einem Beteiligten rechtliches Können gewährt wird, das über das rechtliche Dürfen hinausgeht (BGH, Urteil vom 27. Januar 1988 - 3 StR 61/87, BGHR StGB § 266 Abs. 1 Missbrauch 2).

[10] Nach den getroffenen Feststellungen konnte der Angeklagte auf Grund der ihm erteilten Vertretungsmacht die Firma R im Außenverhältnis in rechtlich wirksamer Weise verpflichten. Er war als Vertriebsleiter für das Aushandeln und den Abschluss von Geschäften mit Großkunden der Firma R zuständig. Die Verträge handelte er hinsichtlich des Liefergegenstandes, -umfangs und -zeitpunktes, des Verkaufspreises und der Möglichkeit zur Rückgabe nicht verkaufter Ware verbindlich aus. Der Zeuge K - Geschäftsführer der Firma R - sah sich dementsprechend in den abgeurteilten Fällen an die vom Angeklagten als Vertriebsleiter mündlich oder per E-Mail vereinbarten Konditionen gebunden.

[11] Dem Angeklagten ist danach zumindest schlüssig (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1982 - VII ZR 268/81, NJW 1982, 1389, 1390; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 54 Rn. 8) Handlungsvollmacht gemäß § 54 Abs. 1 HGB für die Erledigung aller mit dem Vertrieb üblicherweise verbundenen Geschäfte erteilt worden. Der Handlungsbevollmächtigte gemäß § 54 HGB ist Befugnisinhaber im Sinne des § 266 Abs. 1 1. Alt. StGB (Wittig in von Heintschel-Heinegg, StGB, § 266 Rn. 7, 8.3; Schünemann in Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 266 Rn. 49; MünchKommStGB/Dierlamm § 266 Rn. 29). § 54 HGB regelt in Absatz 1 eine widerlegbare Vermutung für einen bestimmten typisierten Umfang der erteilten Handlungsvollmacht (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Weber, HGB, 2. Aufl., § 54 Rn. 8; Baumbach/Hopt aaO § 54 Rn. 9). Soweit die Auslegung der erteilten Vollmacht ergibt, dass eine der in Absatz 1 geregelten typisierten Formen vorliegt, ist auf die gesetzliche Vermutung zurückzugreifen (Ebenroth/Boujong/Joost/

Strohn/Weber aaO § 54 Rn. 9). Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen besaß der Angeklagte eine so genannte Arthandlungsvollmacht. Er war als Leiter des Vertriebs zur Vornahme einer bestimmten, zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften ermächtigt (vgl. Baumbach/Hopt/Hopt aaO § 54 Rn. 10). Die Handlungsvollmacht erstreckt sich auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Was gewöhnlich ist, bestimmt sich etwa nach der Branche sowie der Art und Größe des Unternehmens (Baumbach/Hopt/Hopt aaO § 54 Rn. 10). Bei einem Großunternehmen wie der Firma R sind selbst Vertragsabschlüsse von erheblicher finanzieller Tragweite noch zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb zu rechnen (BGH, Urteil vom 19. März 2002 - X ZR 157/99, BGHR HGB § 54 Abs. 3 Beschränkung 1).

[12] Angesichts der Vertretungsmacht des Angeklagten ist das Schweigen auf die schriftlichen Kaufbestätigungen der Firma Ro in den abgeurteilten Fällen II. 2. und 8. der Urteilsgründe für die Frage der Wirksamkeit der Verträge nicht von Bedeutung. Die Kaufbestätigungen enthielten außer den vom Angeklagten und dem Zeugen F - Einkaufsleiter der Firma Ro – ausgehandelten Konditionen insbesondere ein Vertragsstrafenversprechen und eine Gerichtsstandsvereinbarung. Die dem Zeugen K in den Fällen II. 2. und 8. der Urteilsgründe vorgelegten und unterzeichneten Kaufbestätigungen wurden vom Angeklagten nicht an die Firma Ro zurückgesandt; dies war für die Durchführung der Verträge nach der Übung der Vertragsparteien auch nicht erforderlich. Warenlieferung sowie Bezahlung erfolgten ungeachtet der Nichtrücksendung der Kaufbestätigung entsprechend der per E-Mail oder mündlich zuvor zwischen dem Zeugen F und dem Angeklagten getroffenen Vereinbarung. Der jeweilige Vertrag ist demnach im Vorfeld des Bestätigungsschreibens bereits mündlich bzw. im Rahmen des E-Mail-Kontakts zum Abschluss gebracht worden, so dass den Kaufbestätigungen nur noch die Bedeutung eines Beweismittels zukommt (BGH, Urteil vom 18. März 1964 - VIII ZR 281/62, NJW 1964, 1269, 1270; Baumbach/Hopt/Hopt aaO § 346 Rn. 17). Zudem kann entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts von einer Wirksamkeit der Verträge in den als Untreue abgeurteilten Fällen II. 2. und II. 8. der Urteilsgründe erst aufgrund des nachfolgenden Schweigens auf die Kaufbestätigungen auch deshalb nicht ausgegangen werden, da die Firma Ro jeweils um eine Gegenbestätigung gebeten hat. Derjenige, der um eine Gegenbestätigung bittet, verfasst grundsätzlich kein Bestätigungsschreiben, das bei Schweigen des Empfängers verbindlich ist (BGH, Urteil vom 18. März 1964 - VIII ZR 281/62, NJW 1964, 1269, 1270; MünchKommHGB/Karsten Schmidt, 2. Aufl., § 346 Rn. 151; Heymann/Horn, HGB, 2. Aufl., § 346 Rn. 51).

[13] Im Außenverhältnis konnte der Angeklagte demnach den Verkaufspreis verbindlich festlegen. Das Verhalten des Angeklagten, der Abschluss von Kaufverträgen unter Missachtung der Vorgaben der Geschäftsleitung mit zu geringen, unter dem Einkaufs- oder Herstellungspreis liegenden Verkaufspreisen, war jedoch im Innenverhältnis nicht durch die verliehene Befugnis gedeckt (vgl. zur überschießenden Rechtsmacht im Außenverhältnis bei der Handlungsvollmacht Joost in: Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 54 Rn. 41 f., 73).

[14] Die weiteren Voraussetzungen des § 266 Abs. 1 1. Alt. StGB sind erfüllt.

2. Zur Annahme von Tatmehrheit, § 53 StGB, zwischen Untreue und Betrug

[15] Die Annahme von Tatmehrheit zwischen dem Tatbestand der Untreue und dem des versuchten Betruges lässt hier entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts ebenso wenig einen Rechtsfehler erkennen. Die Bewertung des Konkurrenzverhältnisses hält sich vorliegend im Rahmen des insoweit dem Tatrichter eröffneten Beurteilungsspielraums (BGH, Urteil vom 25. September 1997 - 1 StR 481/97, NStZ-RR 1998, 68, 69; Beschluss vom 19. April 2007 - 4 StR 572/06, NStZ-RR 2007, 235). Auch unter Berücksichtigung der Grundsätze der natürlichen Handlungseinheit war die Annahme nur einer Tat zwischen Untreue und versuchtem Betrug in den Fällen II. 2./3., II. 4./5. und II. 6./7. der Urteilsgründe nicht geboten. Eine solche liegt vor, wenn zwischen einer Mehrheit strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters auch für einen Dritten objektiv als einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint, und wenn die einzelnen Betätigungen auf einer einzigen Willensentschließung beruhen (BGH, Beschlüsse vom 18. Mai 2010 - 4 StR 182/10, wistra 2010, 345; vom 3. August 2010 - 4 StR 157/10 und vom 14. September 2010 - 4 StR 422/10). Nach den Feststellungen des Landgerichts spiegelte der Angeklagte jeweils nach Vertragsschluss der Geschäftsleitung der Firma R vor, die Verträge mit höheren, über dem Bewertungs- bzw. Herstellungspreis liegenden Verkaufspreisen abgeschlossen zu haben. Damit liegt der Untreue durch Abschluss der Kaufverträge und dem (versuchten) Betrug durch Täuschung des Arbeitgebers schon kein einheitlicher Tatentschluss zu Grunde.

Standort: § 315b I StGB Problem: Fremde Sache von bedeutendem Wert

BGH, BESCHLUSS VOM 28.09.2010
4 STR 245/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte mehrere Verkehrsunfälle absichtlich herbeigeführt, um die entsprechenden Schäden mit den Versicherungen abrechnen zu können. Hierbei hatte er jeweils ein Sachschaden von über 790,00 € verursacht.

Das Landgericht Essen hatte den Angeklagten wegen der Verursachung der Unfälle insb. wegen qualifizierten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr, §§ 315b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1a StGB, verurteilt. Hiergegen wandte sich der Angeklagte mit der Revision, mit der er insbesondere rügte, dass in den abgeurteilten Fällen keine konkrete Gefahr für fremde Sachen "von bedeutendem Wert" herbeigeführt worden sei, da hierfür die gefährdeten Sachen einen Wert von mindestens 1.300,00 € hätten haben müssen. Diese Wertgrenze sei jedoch nicht erreicht. Das LG hatte - in Übereinstimmung mit der BGH-Rechtsprechung (BGHSt 48, 119, 121; BGH, NStZ-RR 2008, 289; NZV 2010, 261) - insoweit lediglich eine Wertgrenze von 750,00 € zugrunde gelegt. Der BGH wies die Revision als unbegründet zurück. Es gebe keinen Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen und die Grenze für einen "bedeutenden Wert" i.R.v. § 315b I StGB anzuheben.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des § 315b I StGB ist immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Klassisch ist hierbei das Problem der Anwendbarkeit der Norm auf Verkehrsteilnehmer, das auch im vorliegenden Fall relevant ist, vom BGH aber nicht im Detail angesprochen wird. Die Kenntnis der Wertgrenze für eine "Sache von bedeutendem Wert " in diesem Tatbestand wird - ebenso wie andere Wertgrenzen, etwa diejenige für eine "geringwertige Sache" i.S.d. §§ 243 II; 248b StGB - beim Prüfling als selbstverständlich vorausgesetzt. Diese Wertgrenze spielt übrigens auch in anderen Tatbeständen (z.B. §§ 308 I; 315c I StGB) eine Rolle. Mögliche Rechtsprechungsänderungen hinsichtlich solcher Wertgrenzen werden insb. in mündlichen Prüfungen gerne aufgegriffen, sodass die vorliegende Entscheidung - auch wenn sie letztlich keine Änderung der Rechtsprechung bewirkt - doch bekannt sein sollte.

Interessant am vorliegenden Fall ist insbesondere die Tatsache, dass das LG und der BGH eine Strafbarkeit gem. § 315b I Nr. 3 StGB bejaht hatten, obwohl der Angeklagte im Zeitpunkt der jeweiligen Tathandlungen selbst ein Kfz geführt hatte, also Straßenverkehrsteilnehmer war. Im Rahmen von § 315b I Nr. 3 StGB ist nämlich zu berücksichtigen, dass dieser Tatbestand - im Gegensatz zu § 315c I StGB - grundsätzlich nur verkehrsfremde Eingriffe erfasst, also Verhaltensweisen, die von außen auf den Verkehr einwirken (BGH, VRS 45, 185; Fischer, § 315b Rn. 8; Schönke/Schröder-Sternberg/Lieben, § 315b Rn. 9). Ausnahmsweise wird die tatbestandliche Sperrwirkung des § 315c I StGB jedoch bei verkehrsinternen Verhaltensweisen durchbrochen, wenn der Verkehrsteilnehmer den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr "pervertiert" (sog. verkehrsfremder Inneneingriff, vgl. BGH, NStZ 2009, 100, 101; 2010, 391, 392; Fischer, § 315b Rn. 8a; Obermann, NStZ 2009, 539). Für einen solchen verkehrsfremden Inneneingriff ist jedoch mehr erforderlich als ein bloß fehlerhaftes Verhalten eines Verkehrsteilnehmers. Der Täter muss sein Fahrzeug in verkehrsfeindlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzen und dieses mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz missbrauchen (BGHSt 48, 233, 237 f.; BGH, StraFo 2006, 122; NStZ 2010, 391, 392; Fischer, § 315b Rn. 9a; Joecks, § 315b Rn. 11a). Da der Angeklagte jedoch gezielt Unfälle herbeigeführt hatte, hatte er sein Fahrzeug letztlich als Beschädigungswerkzeug missbraucht und somit zweckentfremdet. Da er auch mit verkehrsfeindlicher Einstellung und Schädigungsvorsatz gehandelt hatte, stellte sich sein Verhalten als verkehrsfremder Inneneingriff dar, sodass die Gerichte zu Recht von der Anwendbarkeit des Tatbestandes des § 315b I Nr. 3 StGB ausgegangen waren.

Als konkretes Gefährdungsdelikt setzt § 315b I StGB - ebenso wie § 315c I StGB - zu seiner Vollendung lediglich den Eintritt einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert voraus und keine Schädigung der entsprechenden Rechtsgüter. Interessanterweise bezeichnet der BGH diese Delikte in der vorliegenden Entscheidung als Erfolgsdelikte, lässt aber erkennen, dass er insofern für die Vollendung nicht einen Verletzungserfolg verlangt, sondern lediglich den "Erfolg" des Eintritts einer konkreten Gefahr.

In Literatur und Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet wird die Frage, welche Wertgrenze für die Bestimmung des "bedeutenden Wertes" der gefährdeten Sache zugrunde zu legen ist. Während der BGH in der Vergangenheit insofern stets von einer Wertgrenze von 750,00 € ausgegangen war (BGHSt 48, 119, 121; BGH, NStZ-RR 2008, 289; NZV 2010, 261; ebenso: Lackner/Kühl, § 315c Rn. 24), verlangen große Teile

der Literatur und auch einige Oberlandesgerichte insofern mittlerweile einen Wert von mindestens 1.300,00 € (Fischer, § 315b Rn. 16; Lackner/Kühl, § 315c Rn. 24; Schönke/Schröder-Heine, Vorbem. zu §§ 306 ff. Rn. 15; OLG Hamm, NStZ-RR 2009, 185, 186). Diese von der BGH-Rechtsprechung abweichende Auffassung wird meist damit begründet, dass auch ein "bedeutender Schaden" i.S.v. § 69 II Nr. 3 StGB einen Wert von mindestens 1.300,00 € voraussetze (vgl. OLG Dresden, NJW 2005, 2633; Lackner/Kühl, § 69 Rn. 7; Hentschel, NJW 2006, 477, 483) und insofern eine Parallele zum "bedeutenden Wert" i.S.v. §§ 315b, 315c StGB gezogen werden müsse (Fischer, § 315 Rn. 16a). Der BGH führt jedoch in der vorliegenden Entscheidung aus, dass diese Parallelwertung aufgrund der unterschiedlichen Schutzzwecke von § 69 II StGB und § 315b I StGB nicht zwingend sei.

Einigkeit besteht insofern allerdings darüber, dass es i.R.d. §§ 315b I; 315c I StGB nicht ausreicht, dass der Gesamtwert der gefährdeten Sache über der jeweiligen Wertgrenze liegt. Statt dessen muss der konkret drohende Schaden diese Wertgrenze übersteigen (BGH, NStZ-RR 2008, 83; NStZ 2010, 216; StraFo 2010, 259; Fischer, § 315b Rn. 16; Lackner/Kühl, § 315c Rn. 24; Zimmermann, JuS 2010, 22, 24). Dies hatte auch der BGH seiner Revisionsentscheidung zugrunde gelegt.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum verkehrsfremden Inneneingriff i.R.v. § 315b I StGB: *BGH*, RA 2006, 623 = JA 2006, 900; RA 2008, 106 = NStZ-RR 2008, 83; RA 2010, 31 = JuS 2010, 364; NStZ 2009, 100; 2010, 391; *Dreher*, JuS 2003, 1159; *Grupp/Kinzig*, NStZ 2007, 132; *König*, NStZ 2004, 175; *Obermann*, NStZ 2009, 539

❑ Zum "bedeutenden Wert" i.S.v. §§ 315b, 315c StGB: *BGH*St 48, 119; *BGH*, NStZ-RR 2008, 289; NZV 2010, 261; *OLG Hamm*, NStZ-RR 2009, 185; *Kudlich*, JA 2008, 821; *Zimmermann*, JuS 2010, 22

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Skatabend"

❑ *Examenskurs*: "Der Holzklotz"

Leitsatz (der Redaktion):

Eine Gefährdung für fremde Sachen von bedeutendem Wert im Sinne des § 315b I StGB ist nur gegeben, wenn der konkret drohende Schaden bedeutenden Umfangs war; hierbei liegt die Wertgrenze für die Annahme eines bedeutenden Wertes bei 750,00 €.

Sachverhalt:

Der Angeklagte hat im Zeitraum von September 2007 bis September 2008 vier Verkehrsunfälle jeweils absichtlich herbeigeführt (§ 315b Abs. 3 i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB) und die Sicherheit des Straßenverkehrs dadurch beeinträchtigt, dass er einen "ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff" im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB vorgenommen hat. Dabei sind an den Fahrzeugen der Unfallgegner Schäden in Höhe von 1.062,11 €, 792,30 €, 800 € bzw. 885,84 € verursacht worden; dass ein darüber hinausgehender Sachschaden oder sogar ein Personenschaden konkret gedroht haben, ist in keinem dieser Fälle festgestellt.

Aus den Gründen:

1. Entscheidung des Landgerichts; Revision des Angeklagten

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in sieben Fällen, wegen Sachbeschädigung in 14 Fällen, wegen Betruges in 26 Fällen und wegen versuchten Betruges in 13 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt; außerdem hat es eine Maßregel nach §§ 69, 69a StGB angeordnet. Gegen dieses Urteil hat der Angeklagte Revision eingelegt, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel ist - wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift im Einzelnen zutreffend ausgeführt hat - unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

[2 - 3] Der Erörterung bedarf nur die Verurteilung des Angeklagten wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in den Fällen II. 7, II. 19, II. 50 und II. 60 der Urteilsgründe. [...]

2. Zur Wertgrenze bei "Sachen von bedeutendem Wert" i.S.v. § 315b I StGB

[4] Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass eine Gefährdung für fremde Sachen von bedeutendem Wert im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB zur Tatbestandserfüllung nur ausreicht, wenn auch der konkret drohende Schaden bedeutenden Umfangs war (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 27. September 2007 - 4 StR 1/07, NStZ-RR 2008, 83 m.w.N.), und hat diese Voraussetzung in den fraglichen vier Fällen als erfüllt angesehen. Dabei hat es sich an der Rechtsprechung des Senats ausgerichtet, wonach die Wertgrenze für die Annahme der Gefährdung einer Sache von bedeutendem Wert bei mindestens 750 € liegt (vgl. BGHSt 48, 119, 121; BGH NStZ-RR 2008, 289; NZV 2010, 261). Gegenstand der letztgenannten Entscheidung war unter anderem ein Unfallgeschehen vom Januar 2008.

3. Keine Änderung der bisherigen BGH-Rechtsprechung

[5] Für eine Anhebung dieser Wertgrenze sieht der

Senat keinen Anlass.

a) Zu abweichenden Auffassungen in Literatur und OLG-Rechtsprechung

[6] Allerdings wird in der Literatur teilweise eine höhere Wertgrenze von bis zu 1.300 € angenommen, die der Grenze des bedeutenden Schadens im Sinne des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB angeglichen ist (vgl. Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., Vorbem. zu §§ 306 ff. Rn. 15; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 315 Rn. 16a; Burmann in Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StVR, 21. Aufl., § 315c StGB Rn. 7; MünchKommStGB/ Barnickel § 315 Rn. 69: ca. 850 € für Januar 2006; wie die Senatsrechtsprechung dagegen: König in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 315 Rn. 95; SSW-StGB/Ernemann § 315c Rn. 25; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 315c Rn. 24).

[7] Vereinzelt haben auch Oberlandesgerichte eine Wertgrenze von 1.300 € für die konkrete Gefährdung fremder Sachen von bedeutendem Wert angenommen. Das Thüringer OLG hat dies mit der Angleichung an die Grenze zum bedeutenden Schaden im Sinne des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB begründet (Beschluss vom 17. September 2008 - 1 Ss 167/08, OLGSt StGB § 315c Nr. 16); das OLG Hamm hat ohne weitere Begründung lediglich auf die Kommentierung von Fischer, StGB, 55. Aufl., § 315 Rn. 16a verwiesen (Beschluss vom 2. Dezember 2008 - 4 Ss 466/08, NStZ-RR 2009, 185, 186).

b) Keine Parallele der Wertgrenzen von § 315b I StGB und § 69 II Nr. 3 StGB

[8] Eine Angleichung an die Wertgrenze des bedeutenden Schadens im Sinne des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB ist nicht angezeigt, weil die Vorschriften unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen.

[9] Der Schadensbegriff des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB ist nach dem Normzweck des § 142 StGB zu bestimmen, der dem Interesse der Unfallbeteiligten an der Aufklärung der Unfallursachen zur Klarstellung der privatrechtlichen Verantwortlichkeit und damit an der Sicherung bzw. Abwehr zivilrechtlicher Ersatzansprüche dient (vgl. Geppert in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 69 Rn. 84, § 142 Rn. 1; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder aaO § 142 Rn. 1a m.w.N.). Maßgeblich ist daher nicht der reine Sachschaden, sondern der Geldbetrag, der erforderlich ist, den Geschädigten so zu stellen, als wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten (vgl. MünchKomm-StGB/Athing § 69 Rn. 70 m.w.N.). Deswegen sind neben den Reparaturkosten auch Bergungs- und Abschleppkosten einzubeziehen.

[10] Bei §§ 315b, 315c StGB ist demgegenüber allein auf den (drohenden) Schaden an der Sache selbst abzustellen, wobei der Wert der Sache nach deren Verkehrswert, die Höhe des (drohenden) Schadens nach der am Marktwert zu messenden Wertminderung zu berechnen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 29. April 2008 - 4 StR 617/07, NStZ-RR 2008, 289 m.w.N.; vgl. auch König aaO § 315 Rn. 82a, 90). Die Vorschriften bezwecken den Schutz des Allgemeininteresses an der Sicherheit des Straßenverkehrs, der in ihnen verwirklichte Schutz auch des Einzelnen ist nur eine Nebenwirkung (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1976 - 4 StR 465/76, BGHSt 27, 40; Beschluss vom 15. Dezember 1998 - 4 StR 576/98, NStZ-RR 1999, 120). Das Schwergewicht der Vorwerfbarkeit liegt dementsprechend - ungeachtet der Ausgestaltung der Straftatbestände als Erfolgsdelikte (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 2002 - 4 StR 103/02, BGHSt 48, 119) - in der besonderen Gefährlichkeit der Tathandlung für die Allgemeinheit und damit im Handlungsunrecht; der Erfolgsunwert - der Niederschlag der abstrakten Gefährdung in einer konkreten Gefahr für Individualrechtsgüter - hat lediglich strafbarkeitsbegrenzende Funktion (vgl. König aaO § 315 Rn. 5), der auch die weitere Einschränkung des bedeutenden Wertes dient (vgl. Barnickel aaO § 315 Rn. 69). Insofern rechtfertigt der Schutzzweck der §§ 315b, 315c StGB die Bestimmung eines niedrigeren Grenzwertes als bei § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB auch losgelöst von der unterschiedlichen Berechnungsgrundlage (zur Abhängigkeit verschiedener Wertgrenzen vom jeweiligen Normzweck vgl. BGH, Urteil vom 12. September 2002 - 4 StR 165/02, BGHSt 48, 14).

c) Wirtschaftliche Entwicklung kein Argument für Wertgrenzenänderung

[11] Schließlich gebietet auch die in den letzten Jahren eingetretene wirtschaftliche Entwicklung eine Anhebung des Grenzwertes für Sachwert und Schadenshöhe nicht. Bei der Wertgrenze handelt es sich zwar um eine veränderliche Größe, die maßgeblich von der Entwicklung der Preise und Einkommen abhängig ist (vgl. König aaO § 315 Rn. 94). Schon aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere im Hinblick auf die Tatbestandsbestimmtheit, kommt eine Anhebung der Wertgrenze aber nur bei einer grundlegenden Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse in Betracht. Eine derartige Veränderung vermag der Senat nicht zu erkennen.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht Problem: Versammlung im Flughafengebäude

BVERFG, URTEIL VOM 22. FEBRUAR 2011
1 BVR 699/06 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte die Frage zu klären, ob ein Hausverbot am Frankfurter Flughafen Grundrechte aus Art. 8 I GG und Art. 5 I 1 GG verletzen kann. Hierzu macht das Gericht eine Vielzahl hochinteressanter Ausführungen:

A. Der Frankfurter Flughafen wird von der Fraport AG betrieben, also einer zivilrechtlichen Gesellschaft, die ihrerseits zu 52% staatlich getragen ist. Gelten für diese überhaupt die Grundrechte? Diese binden nach Art. 1 III GG doch nur den Staat. Das BVerfG stellt aber - in Übereinstimmung mit der bisher h.M. - klar, dass auch staatlich beherrschte Gesellschaften des Zivilrechts unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind ("keine Flucht ins Privatrecht"). Für eine staatliche Beherrschung in diesem Sinne genüge ein staatlicher Eigneranteil von mehr als 50%.

B. Die Versammlungsfreiheit unterliegt nur "unter freiem Himmel" einem Gesetzesvorbehalt, Art. 8 II GG. Stellt der Frankfurter Flughafen demgegenüber nicht einen "geschlossenen Raum" dar? Immerhin ist er mit Gebäuden bebaut. Das BVerfG stellt aber allein darauf ab, ob das Gelände öffentlich zugänglich ist, die Bebauung ist danach gleichgültig. Jedenfalls der frei zugängliche Bereich des Flughafens (Einkaufszonen etc.) befindet sich danach "unter freiem Himmel", auch wenn er mitten in einem Gebäude liegt.

C. Als gesetzliche Eingriffsermächtigungen sieht das Gericht neben dem Versammlungsgesetz die zivilrechtlichen Eigentumsschutznormen an (§§ 1004, 903 BGB). Dies war wichtig, denn im Versammlungsgesetz ist ein Hausverbot gegen Einzelne nicht vorgesehen.

D. Das Hausverbot war i.E. unverhältnismäßig, weil es sich auf den gesamten Flughafen erstreckte. Lediglich in bestimmten abgeschirmten Bereichen (Zoll, Gepäckrückgabe usw.) und/oder zur Verhinderung von Störungen des Flughafenbetriebs könne ein Hausverbot ausgesprochen werden.

E. Neben der Versammlungsfreiheit griff das Hausverbot in die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG ein. Das BVerfG grenzt diese kurz von der Pressefreiheit ab (es wurden Handzettel - also Druckerzeugnisse - verteilt) und hält sie ebenfalls für verletzt, weil das Hausverbot unverhältnismäßig war.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung hat hohe Wellen geschlagen. Sie hat insbesondere die Grundrechtsbindung öffentlich-rechtlich kontrollierter juristischer Personen des Privatrechts und die Reichweite der Versammlungs- und Meinungsfreiheit konkretisiert (wenn nicht modifiziert). Auch dass ein Aufenthalt in einem Flughafengebäude "unter freiem Himmel" stattfinden kann, sollte man sich gut merken, weil der Wortsinn des Art. 8 II GG hier doch arg gebeugt wird.

Natürlich hat die Entscheidung auch Auswirkungen auf andere staatlich kontrollierte juristische Personen des Privatrechts. Auf Bahnhöfen der Deutschen Bahn AG etwa müsste nun das selbe gelten wie am Frankfurter Flughafen.

Der Entscheidung ist übrigens ein sehr beachtliches Sondervotum des Richters Schluckebier beigefügt. Dieser hält die unmittelbare Grundrechtsbindung der Fraport AG i.E. auch für richtig, will aber nicht allein nach der Anteilsmehrheit gehen, sondern im Einzelfall prüfen, ob die öffentliche Hand die Gesellschaft tatsächlich beherrscht. Daran zweifelt er, wenn es sich nicht um *einen* staatlichen Anteilseigner, sondern um *mehrere* handelt (im Fall: Stadt Frankfurt a.M. und Land Hessen), die u.U. gegenläufige Interessen verfolgen könnten. Außerdem meint er, der Flughafen Frankfurt sei kein Versammlungsraum, weil er privat genutzt werde und somit einer öffentlichen Verkehrsfläche nicht gleich stehe. Schließlich sei auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung des BVerfG zu Art. 8 GG nicht realitätsgerecht: Sie berücksichtige nicht, dass es den Flughafenbetrieb erheblich stören könne, wenn Einzelne bei Massenabfertigungen mit Flugblättern usw. dazwischenfunken.

Vertiefungshinweise:

❑ Entscheidung des BGH in dieser Sache: *BGH*, NJW 2006, 1054

❑ Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts: *BVerfG*, RA 2009, 353 = NVwZ-RR 2009, 361 (Innungskrankenkasse, verneint); NVwZ 2008, 671 (AOK, verneint); NJW 1990, 1783 (Stadtwerke AG, verneint bei 72% öffentlichem An-

teil)
❑ Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts in spezifisch ihnen zugewiesenen Lebensbereichen: *BVerfGE* 15, 256 [262]; 31, 314 [322]; 42, 312 [321 f.]; 45, 63 [79]; 53, 366 [387]

Kursprogramm:
❑ *Examenskurs:* "XYZ"

Leitsätze:
1. Von der öffentlichen Hand beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform unterliegen ebenso wie im Alleineigentum des Staates stehende öffentliche Unternehmen, die in den Formen des Privatrechts organisiert sind, einer unmittelbaren Grundrechtsbindung.
2. Die besondere Störanfälligkeit eines Flughafens rechtfertigt nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit weitergehende Einschränkungen der Versammlungsfreiheit, als sie im öffentlichen Straßenraum zulässig sind.

Sachverhalt:
Der Flughafen Frankfurt a.M. wird von der Fraport AG betrieben, in deren Eigentum auch das Flughafengelände steht. Das Land Hessen und die Stadt Frankfurt am Main halten zusammen rund 52 % der Aktien an dieser Gesellschaft, die übrigen Anteile befinden sich in privatem Streubesitz.
Die deutsche Beschwerdeführerin (Bf.) betrat gemeinsam mit fünf weiteren Aktivisten der "Initiative gegen Abschiebungen" am 11. März 2003 den Terminal 1 des Flughafens, sprach an einem Abfertigungsschalter Mitarbeiter der Deutschen Lufthansa AG an und verteilte an Passanten Flugblätter zu einer bevorstehenden Abschiebung. Mitarbeiter der Fraport AG und Einsatzkräfte des Bundesgrenzschutzes beendeten die Aktion. Im Terminal 1 befinden sich neben den ausschließlich zur Abwicklung des Flugbetriebs bestimmten Arealen (Passkontrolle, Gepäckausgabe usw.) auch weitläufige Einkaufspassagen, die jedermann zum Flanieren offen stehen und von der Fraport AG entsprechend beworben werden.
Mit Schreiben vom 12. März 2003 erteilte die Fraport AG der Bf. unter Berufung auf ihr Hausrecht ein "Flughafenverbot" und wies sie darauf hin, es werde Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs gestellt, sobald die Bf. "erneut unberechtigt angetroffen" werden. Sie verwies zur Begründung auf ihre Hausordnung, in der es unter Nr. 4.2 heißt: "Sammlungen, Werbungen sowie das Verteilen von Flugblättern und sonstigen Druckschriften bedürfen der Einwilligung des Flughafenunternehmers". Die Bf. habe gegen diese Bestimmung verstoßen, indem sie am 11. März 2003 ohne die erforderliche Genehmigung mit Gleichgesinnten Flugblätter im Terminal 1 verteilt habe. Da sie - was zutrifft - erklärt habe, auch zukünftig ähnliche Aktionen durchführen zu wollen, sei das Hausverbot unerlässlich, um einen störungsfreien Ablauf des Flughafenbetriebs zu gewährleisten, die Hausordnung durchzusetzen und den Kunden eine "Wohlfühlatmosphäre" im Flughafenbereich zu erhalten.

Verletzt das "Flughafenverbot" die Bf. in ihren Grundrechten auf Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG und Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG?

Lösung:
Die Bf. ist durch das Hausverbot in ihren Grundrechten aus Art. 8 I GG und Art. 5 I 1 GG verletzt, wenn ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich derselben vorliegt.

1. Teil: Versammlungsfreiheit

A. Schutzbereich betroffen
Dann müsste die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG zunächst auf das Verhältnis zwischen der Bf. und der Fraport AG anwendbar sein.

I. Grundrechtsgeltung unter Privaten
Daran bestehen Zweifel, weil es sich bei der Fraport AG um eine Aktiengesellschaft, also eine juristische Person des Privatrechts handelt. Nach Art. 1 III GG binden die Grundrechte aber (nur) die "staatliche Gewalt". Sie sind also - vereinfacht formuliert - Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Allerdings hält die öffentliche Hand die Aktienmehrheit (52%) an der Fraport AG. Fraglich ist, ob in diesem Fall von einer unmittelbaren Grundrechtsbindung auszugehen ist. Das BVerfG bejaht dies nach ausführlicher Problemanalyse:

1. Unmittelbare Grundrechtsbindung des Staates aus Art. 1 III GG
"[47] Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Sie gelten nicht nur für bestimmte Bereiche, Funktionen oder Handlungsformen staatlicher Aufgabenwahrnehmung, sondern binden die staatliche Gewalt umfassend und insgesamt. Der Begriff der staatlichen Gewalt ist dabei weit zu verstehen und erstreckt sich nicht nur auf imperative Maßnahmen. Entscheidungen, Äußerungen und Handlungen, die - auf den jeweiligen staatlichen Entscheidungsebenen - den Anspruch erheben können, autorisiert im Namen aller Bürger getroffen zu werden, sind von der Grundrechtsbindung erfasst. Grundrechtsgebundene staatliche Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG ist danach jedes Handeln staatlicher Orga-

ne oder Organisationen, weil es in Wahrnehmung ihres dem Gemeinwohl verpflichteten Auftrags erfolgt." [...]

2. Keine "Flucht ins Privatrecht"

"[48] Sobald der Staat eine Aufgabe an sich zieht, ist er bei deren Wahrnehmung auch an die Grundrechte gebunden, unabhängig davon, in welcher Rechtsform er handelt. Dies gilt auch, wenn er für seine Aufgabenwahrnehmung auf das Zivilrecht zurückgreift. Eine Flucht aus der Grundrechtsbindung in das Privatrecht mit der Folge, dass der Staat unter Freistellung von Art. 1 Abs. 3 GG als Privatrechtssubjekt zu begreifen wäre, ist ihm verstellt."

a. Bei vollständiger staatlicher Kontrolle eines Privatunternehmens

"[50] Für öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform, die vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, ist anerkannt, dass die Grundrechtsbindung nicht nur den oder die Träger des jeweiligen Unternehmens trifft, sondern das Unternehmen selbst (vgl. BVerwGE 113, 208 [211]; Rüfner, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, 2. Aufl. 2000, § 117 Rn. 49; Ehlers, Gutachten E für den 64. DJT [2002], S. E 39; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 3 Rn. 69 f.; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 25. Aufl. 2009, Rn. 187; Höfling, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rn. 104). Dies entspricht dem Charakter eines solchen Unternehmens als verselbständigter Handlungseinheit und stellt eine effektive Grundrechtsbindung unabhängig davon sicher, ob, wieweit und in welcher Form der oder die Eigentümer gesellschaftsrechtlich auf die Leitung der Geschäfte Einfluss nehmen können und wie - bei Unternehmen mit verschiedenen öffentlichen Anteilseignern - eine Koordination der Einflussrechte verschiedener öffentlicher Eigentümer zu gewährleisten wäre. Aktivitäten öffentlicher Unternehmen bleiben unabhängig von der Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Einflussrechte eine Form staatlicher Aufgabenwahrnehmung, bei der die Unternehmen selbst unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind."

b. Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen

"[51] Nichts anderes hat für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, an denen sowohl private wie öffentliche Anteilseigner beteiligt sind, zu gelten, wenn diese von der öffentlichen Hand beherrscht werden. [...]

[53] Ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen unterliegt dann der unmittelbaren Grundrechtsbindung, wenn es von den öffentlichen Anteilseignern beherrscht wird. Dies ist in der Regel der Fall, wenn mehr als die Hälfte der Anteile im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Insoweit kann grundsätzlich an entsprechende zivilrechtliche Wertungen angeknüpft werden (vgl. §§ 16, 17 AktG, Art. 2 Abs. 1 Buchstabe f Richtlinie 2004/109/EG). [...]

[54] Das Kriterium der Beherrschung mit seiner Anknüpfung an die eigentumsrechtlichen Mehrheitsverhältnisse stellt danach nicht auf konkrete Einwirkungsbefugnisse hinsichtlich der Geschäftsführung ab, sondern auf die Gesamtverantwortung für das jeweilige Unternehmen: Anders als in Fällen, in denen die öffentliche Hand nur einen untergeordneten Anteil an einem privaten Unternehmen hält, handelt es sich dann grundsätzlich nicht um private Aktivitäten unter Beteiligung des Staates, sondern um staatliche Aktivitäten unter Beteiligung von Privaten. Für sie gelten unabhängig von ihrem Zweck oder Inhalt die allgemeinen Bindungen staatlicher Aufgabenwahrnehmung. Bei der Entfaltung dieser Aktivitäten sind die öffentlich beherrschten Unternehmen unmittelbar durch die Grundrechte gebunden und können sich umgekehrt gegenüber Bürgern nicht auf eigene Grundrechte stützen."

[Anm.: Das BVerfG führt weiter aus, dass in dieser Ansicht auch keine ungerechtfertigte Benachteiligung der privaten Minderheitsanteilseigner liege. Es liege in deren freier Entscheidung, ob sie sich an einem öffentlich beherrschten Unternehmen beteiligen oder nicht. Entscheiden sie sich dafür, müssten sie mit der Grundrechtsbindung leben, die sich - so das BVerfG weiter - explizit nicht nur auf die öffentlichen (Mehrheits-)Eigner, sondern auch auf sie erstrecke, weil die Frage nach der Grundrechtsbindung einer Person (auch einer juristischen) nur einheitlich beantwortet werden könne.]

3. Ergebnis

"[60] Die Beklagte ist als Aktiengesellschaft, deren Anteile zu mehr als 50 % von öffentlichen Anteilseignern gehalten werden, folglich unmittelbar an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden."

II. Personaler Schutzbereich

Die Bf. ist laut Sachverhalt Deutsche i.S.d. Art. 8 I GG.

III. Sachlicher Schutzbereich

In sachlicher Hinsicht ist eine friedliche Versammlung ohne Waffen geschützt.

1. Versammlung

a. Definition

"[63] Art. 8 Abs. 1 GG schützt die Freiheit, mit anderen Personen zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammen zu kommen (vgl. BVerfGE 104, 92 [104];

111, 147 [154 f.]). Als Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe ist die Versammlungsfreiheit für eine freiheitlich demokratische Staatsordnung konstituierend (vgl. BVerfGE 69, 315 [344 f.]). In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen die gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen, bei der die Teilnehmer in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen - schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und die Wahl des Ortes - im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen (vgl. BVerfGE 69, 315 [345])."

Die staatliche Haltung gegenüber Flüchtlingen und die Abschiebepraxis an Flughäfen in Deutschland werden öffentlich kontrovers diskutiert. Indem die Bf. sich zusammen mit fünf Aktivisten im Terminal 1 des Frankfurter Flughafens eingefunden hatte, um Flugblätter gegen eine Abschiebung zu verteilen, hat sie also kollektiv - sechs Personen genügen insoweit unzweifelhaft - an der öffentlichen Meinungsbildung teilgenommen.

[Anm.: Liegen somit schon die Voraussetzungen des engsten Versammlungsbegriffs vor, mag dahin stehen, ob es gerechtfertigt ist, diesen mit abweichenden Ansichten auf jede Form der Meinungskundgabe oder gar das Ausleben nur innerer Gemeinsamkeiten der Teilnehmer zu erweitern. Das BVerfG hat den erweiterten und weiten Versammlungsbegriff hier nicht einmal erwähnt (vgl. zu diesen Wiefelspütz, NJW 2002, 274).]

b. Schutzumfang

Allerdings war die o.g. Versammlung, an welcher die Bf. teilgenommen hat, nur der Anlass für das hier streitgegenständliche Hausverbot. Dieses erstreckt sich aber nicht auf diese - bereits beendete - Versammlung, sondern unterbindet das zukünftige Betreten des Flughafens und damit das Abhalten zukünftiger Versammlungen durch die Bf. bzw. ihre Teilnahme an solchen. Fraglich ist, ob Art. 8 I GG überhaupt einen Anspruch gewährt, sich an einem bestimmten Ort zu versammeln. Nur wenn das Grundrecht sich darauf erstreckte, dass die Bf. sich - auch und gerade - auf dem Gelände des Frankfurter Flughafens versammeln darf, beträfe das Hausverbot den Schutzbereich des Art. 8 I GG.

Die Fraport AG argumentierte dagegen: Es handle sich um ein Privatgelände. Selbst wenn man - was, wie oben gezeigt, zutreffend ist - von einer Grundrechtsbindung der Fraport AG ausgehe, handle es sich bei dem Hausverbot doch lediglich um eine Nichtgewähr von Leistungen, nämlich um ein Nicht-zur-Verfügungstellen des Flughafengeländes für Versammlungen der Bf. Das BVerfG tritt dieser Sichtweise allerdings entgegen, soweit es um die allgemein öffentlich zugängliche Bereiche des Flughafens geht:

aa. Grundsatz: Freie Wahl des Versammlungsorts

"[64] Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistet auch das Recht, selbst zu bestimmen, wann, wo und unter welchen Modalitäten eine Versammlung stattfinden soll. Als Abwehrrecht, das auch und vor allem andersdenkenden Minderheiten zugute kommt, gewährleistet das Grundrecht den Grundrechtsträgern so nicht nur die Freiheit, an einer öffentlichen Versammlung teilzunehmen oder ihr fern zu bleiben, sondern zugleich ein Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung (vgl. BVerfGE 69, 315 [343]). Die Bürger sollen damit selbst entscheiden können, wo sie ihr Anliegen - gegebenenfalls auch in Blick auf Bezüge zu bestimmten Orten oder Einrichtungen - am wirksamsten zur Geltung bringen können."

bb. Einschränkung: Kein Zugangsanspruch zu beliebigen Orten

"[65] Die Versammlungsfreiheit verschafft damit allerdings kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten. Insbesondere gewährt es dem Bürger keinen Zutritt zu Orten, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind oder zu denen schon den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten Zwecken Zugang gewährt wird. Die Durchführung von Versammlungen etwa in Verwaltungsgebäuden oder in eingefriedeten, der Allgemeinheit nicht geöffneten Anlagen ist durch Art. 8 I GG ebenso wenig geschützt wie etwa in einem öffentlichen Schwimmbad oder Krankenhaus.

[66] Demgegenüber verbürgt die Versammlungsfreiheit die Durchführung von Versammlungen dort, wo ein allgemeiner öffentlicher Verkehr eröffnet ist."

[Anm.: Das BVerfG hat dies schon immer für den öffentlichen Straßenraum vertreten. Es führt im Folgenden aus, dass Entsprechendes aber auch für Stätten gelten müsse, an denen in ähnlicher Weise wie auf Straßen und Plätzen ein öffentlicher Verkehr eröffnet ist und Orte der allgemeinen Kommunikation entstehen. Dazu gehörten heute "Orte des Flanierens und des Gesprächs", also z.B. Einkaufspassagen. Nicht dazu zählten demgegenüber Orte, zu denen der Zugang individuell kontrolliert und nur für einzelne, begrenzte Zwecke gestattet wird (für einen Flughafen also z.B. der Abflugbereich, die Gepäckrückgabe u.ä.).]

cc. Subsumtion

"[71] Hiervon ausgehend greift die Bestätigung des von der Beklagten ausgesprochenen Flughafenverbots durch die angegriffenen Entscheidungen in die Ver-

sammlungsfreiheit der Beschwerdeführerin ein. [...]
[72] Der Frankfurter Flughafen ist in wesentlichen Bereichen als Ort allgemeinen kommunikativen Verkehrs ausgestaltet. Zwar gilt dies nicht für den gesamten Flughafen. So ist eine Berufung auf die Versammlungsfreiheit für die Sicherheitsbereiche, die nicht allgemein zugänglich sind, ebenso ausgeschlossen wie für solche Bereiche, die nur bestimmten Funktionen (zum Beispiel der Gepäckausgabe) dienen. Jedoch umfasst der Flughafen auch große Bereiche, die als Wege zum Einkaufen und zu Gastronomiebetrieben ausgestaltet sind und hierfür einen allgemeinen Verkehr eröffnen. Unter der Rubrik 'Einkaufen und Erleben' wirbt die Beklagte, die sich als 'City in the City' versteht, im Internet: 'Airport Shopping für alle! Auf 4.000 Quadratmetern zeigt sich der neue Marktplatz in neuem Gewand und freut sich auf Ihren Besuch!'. Hier sind ersichtlich Orte als allgemein zugängliche öffentliche Foren ausgestaltet, deren Verkehrsflächen Versammlungen damit grundsätzlich offenstehen."

2. Friedlich und ohne Waffen
Weder ist irgend etwas dafür ersichtlich, dass die Bf. beabsichtigt, zukünftig Versammlungen zu veranstalten oder an solchen teilzunehmen, die einen gewalttätigen oder aufrührerischer Verlauf anstreben oder zu denen Waffen mitgeführt werden sollen, noch beschränkt sich das Hausverbot auf solche Anlässe. Es geht hier also offensichtlich (auch) um das Unterbinden friedlicher Versammlungen ohne Waffen, die von Art. 8 I GG geschützt sind.

IV. Zwischenergebnis
Damit ist der Schutzbereich von Art. 8 I GG eröffnet.

B. Eingriff
Unter einem Eingriff ist jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen. Hier wurde der Bf. ein Hausverbot erteilt. Fraglich ist, ob darin eine Verkürzung ihrer Versammlungsfreiheit gesehen werden kann. Dafür spricht, dass sie sich auf dem Flughafengelände nun nicht mehr aufhalten - und damit auch nicht mehr versammeln - kann, ohne Gefahr zu laufen, sich nach § 123 I StGB strafbar zu machen. Da es sich - wie oben ausgeführt - zumindest hinsichtlich der allgemein öffentlich zugänglichen Bereiche des Flughafens auch nicht lediglich um eine Nichtgewährung von Leistungen handelt, und das Hausverbot nicht auf diese Bereiche beschränkt wurde, liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 I GG vor. Dies sieht auch das BVerfG so:
"[73] Die Beklagte untersagt der Beschwerdeführerin [...] für die Zukunft zeitlich unbegrenzt - und damit ohne Ansehung der durch eine bestimmte Versammlung konkret drohenden Beeinträchtigungen des Betriebsablaufs - die Durchführung von Versammlungen ohne ihre Erlaubnis für den gesamten Bereich des Flughafens. [Damit greift] sie in die Versammlungsfreiheit der Beschwerdeführerin ein."

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
Fraglich ist, ob der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Dann müsste er von den Schranken des Grundrechts gedeckt sein.

I. Schranken
Hinsichtlich der Schranken differenziert Art. 8 II GG: Während Versammlungen unter freiem Himmel einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegen, ist dies - im Umkehrschluss - für Versammlungen in geschlossenem Raum nicht der Fall. Letztere können nur zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts beschränkt werden.

1. Unter freiem Himmel
Beim Frankfurter Flughafengelände könnte es sich um einen "geschlossenen Raum" handeln. Jedenfalls weite Teile desselben - darunter der Terminal 1, in dem die Versammlung der Bf. vom 11. März stattfand - sind mit Gebäuden bebaut. Das BVerfG nimmt ungeachtet dessen jedoch an, dass man sich dort "unter freiem Himmel" befindet:
"[76] Versammlungen an Orten allgemeinen kommunikativen Verkehrs sind Versammlungen unter freiem Himmel im Sinne des Art. 8 Abs. 2 GG und unterliegen dem Gesetzesvorbehalt. Dies gilt unabhängig davon, ob die der Allgemeinheit geöffneten Orte als solche in der freien Natur oder in geschlossenen Gebäuden liegen. Maßgeblich ist, dass Versammlungen an solchen Orten ihrerseits in einem öffentlichen Raum, das heißt inmitten eines allgemeinen Publikumsverkehrs stattfinden und von diesem nicht räumlich getrennt sind.
[77] Der Begriff der 'Versammlung unter freiem Himmel' des Art. 8 Abs. 2 GG darf nicht in einem engen Sinne als Verweis auf einen nicht überdachten Veranstaltungsort verstanden werden. Sein Sinn erschließt sich vielmehr zutreffend erst in der Gegenüberstellung der ihm unterliegenden versammlungsrechtlichen Leitbilder: Während Versammlungen unter freiem Himmel idealtypisch solche auf öffentlichen Straßen und Plätzen sind, steht dem als Gegenbild die Versammlung in von der Öffentlichkeit abgeschiedenen Räumen wie etwa in Hinterzimmern von Gaststätten gegenüber. Dort bleiben die Versammlungsteilnehmer unter sich und sind von der Allgemeinheit abgeschirmt, so dass Konflikte, die eine Regelung erforderten, weniger vorgezeichnet sind. Demgegenüber finden Versammlungen unter freiem Himmel in der unmittelbaren Auseinandersetzung mit einer unbeteiligten Öffentlichkeit statt (vgl. Arbeitskreis Versammlungsrecht, Musterentwurf eines Versammlungsgeset-

zes, Enders/Hoffmann-Riem/Kniesel/Poscher/Schulze-Fielitz [Hrsg.], 2011, Begründung zu § 10, S. 34). Hier besteht im Aufeinandertreffen der Versammlungsteilnehmer mit Dritten ein höheres, weniger beherrschbares Gefahrenpotential: Emotionalisierungen der durch eine Versammlung herausgeforderten Auseinandersetzung können sich im Gegenüber zu einem allgemeinen Publikum schneller zuspitzen und eventuell Gegenreaktionen provozieren. Die Versammlung kann hier leichter Zulauf finden, sie bewegt sich als Kollektiv im öffentlichen Raum. Art. 8 Abs. 2 GG ermöglicht es dem Gesetzgeber, solche Konflikte abzufangen und auszugleichen. Er trägt dem Umstand Rechnung, dass in solcher Berührung mit der Außenwelt ein besonderer, namentlich organisations- und verfahrensrechtlicher Regelungsbedarf besteht, um einerseits die realen Voraussetzungen für die Ausübung des Versammlungsrechts zu schaffen, anderseits kollidierende Interessen anderer hinreichend zu wahren (vgl. BVerfGE 69, 315 [348])."

[78] Hiervon ausgehend unterliegen die von der Beschwerdeführerin erstrebten Versammlungen im Frankfurter Flughafen dem Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG. Zwar liegen die Orte, für die die Beschwerdeführerin die Versammlungsfreiheit in Anspruch nimmt, hauptsächlich im Innern des Flughafens und sind damit überdacht und seitlich begrenzt. Die beabsichtigten Versammlungen sollen jedoch nicht in eigenen, von den anderen Flughafengästen abgeschirmten Räumlichkeiten durchgeführt werden, sondern inmitten des allgemeinen Flughafenpublikums, an das sich die kollektiven Meinungskundgaben richten. Im Sinne des Art. 8 Abs. 2 GG gelten deshalb Versammlungen in derartigen Räumlichkeiten als 'Versammlungen unter freiem Himmel', die nach allgemeinen Grundsätzen gesetzlich beschränkt werden können."

2. Gesetz

"[79] Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches können als ein die Versammlungsfreiheit beschränkendes Gesetz im Sinne des Art. 8 II GG herangezogen werden. Das zivilrechtliche Hausrecht gemäß § 903 Satz 1, § 1004 BGB ist dementsprechend grundsätzlich geeignet, Eingriffe in die Versammlungsfreiheit zu rechtfertigen."

[Anm.: Eine "BGB-Festigkeit" von Versammlungen analog der "Polizeifestigkeit von Versammlungen", die nach Ansicht des BVerfG einen Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht neben den Versammlungsgesetzen des Bundes und - soweit vorhanden - der Länder verbietet (BVerfG, RA 2005, 75 = NVwZ 2005, 80; vgl. zuletzt VGH Mannheim, RA 2010, 753 = VBlBW 2010, 468), besteht also offenbar nicht. Immerhin ist dieser Gedanke dem BVerfG aber eine Erwähnung wert:

"[81] Durch das Versammlungsgesetz [...] hat der Gesetzgeber von diesem Gesetzesvorbehalt Gebrauch gemacht. Das Versammlungsgesetz ist dabei nicht auf Versammlungen im öffentlichen Straßenraum beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle öffentlichen Versammlungen, unabhängig davon, ob sie auf privatem oder öffentlichem Grund stattfinden. Es findet damit auf Versammlungen im Frankfurter Flughafen Anwendung.

[82] Dies lässt unberührt, dass die öffentliche Hand, wenn sie in den Formen des Privatrechts handelt, Beschränkungen der Versammlungsfreiheit zusätzlich auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, hier § 903 Satz 1, § 1004 BGB, stützen kann."]

II. Schranken-Schranken

Die Schranke und ihre Anwendung auf den konkreten Fall müssen aber ihrerseits verfassungsgemäß sein.

1. Verfassungsmäßigkeit der Schranke

Fraglich ist zunächst die Verfassungsmäßigkeit der Schranke, hier also der §§ 903 Satz 1, 1004 BGB als gesetzliche Verankerungen des zivilrechtlichen Hausrechts.

a. Formell

An der formellen Verfassungsmäßigkeit zu zweifeln besteht kein Anlass.

b. Materiell

In materieller Hinsicht ist der Gesetzgeber vor allem an die Grundsätze der Art. 19 und 20 GG gebunden.

aa. Zitiergebot

Zunächst ist zu beachten, dass nach Art. 19 I 2 GG grundsätzlich zitiert werden muss. Im BGB ist Art. 8 GG aber nicht zitiert. Das BVerfG sieht darin i.E. kein Problem, weil es sich nur um einen "unspezifischen" (soll heißen: nicht zielgerichteten) Eingriff handelt:

(1). Grundsätzliche Geltung des Zitiergebots für Art. 8 I GG

"[80] Der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG erlaubt es dem Gesetzgeber, Ermächtigungsgrundlagen zu schaffen, aufgrund derer die Versammlungsfreiheit beschränkt werden kann. Der Gesetzgeber kann staatlichen Behörden die Befugnis einräumen, Versammlungen unter bestimmten Bedingungen mit beschränkenden Verfügungen zu versehen oder sie erforderlichenfalls auch zu untersagen. Soweit in dieser Weise spezifische hoheitliche Entscheidungsbefugnisse geschaffen werden und entsprechende Entscheidungen einseitig durchsetzbar sind, verlangt Art. 8 II GG eine bewusste und ausdrücklich auf die Versammlungsfreiheit der Bürger bezogene Regelung

durch den Gesetzgeber. Die Eingriffsvoraussetzungen müssen in hinreichend bestimmter und normenklarer Weise zumindest in den Grundzügen vom Gesetzgeber selbst festgelegt werden. Dem entspricht, dass für entsprechende Regelungen auch das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG gilt und die in ihm liegende Warnfunktion entfaltet."

(2). Ausnahme bei zivilrechtlichen Normen

"[82] Auch [§§ 903, 1004 BGB] füllen in diesem Fall Art. 8 II GG aus. Dem steht nicht entgegen, dass es sich insoweit nicht um versammlungsbezogene Vorschriften handelt und damit deren Reichweite für Versammlungen durch den Gesetzgeber inhaltlich nicht näher präzisiert ist. Da die öffentliche Hand hier wie jeder Private auf die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts zurückgreift, ihr also keine spezifisch hoheitlichen Befugnisse eingeräumt werden und sie ihre Entscheidungen grundsätzlich auch nicht einseitig durchsetzen kann, sind die sonst an Eingriffsgesetze zu stellenden Anforderungen zurückgenommen. Auch das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG kann gegenüber solchen unspezifischen Bestimmungen eine Warnfunktion nicht erfüllen und findet keine Anwendung. Grundrechtseingriffe in Art. 8 I GG, die sich allein auf die allgemeinen Befugnisse des Privatrechts stützen, sind damit nicht schon deshalb verfassungswidrig, weil es an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage fehlt."

[Anm.: Dieses Ergebnis hätte sich weitaus zwangloser durch den einfachen Hinweis gewinnen lassen, dass §§ 903, 1004 BGB vorkonstitutionelles Recht darstellen, für das Art. 19 I 2 GG schon denklogisch nicht gelten kann (allg.M., vgl. nur Maunz/Dürig-Herzog, GG, Art. 19 I Rn 51). Offenbar wollte das BVerfG aber allgemein klarstellen, dass das Zitiergebot für die "unspezifischen Bestimmungen" des Zivilrechts nicht gilt.]

bb. Verhältnismäßigkeit

Anhaltspunkte für sonstige Verstöße gegen materielles Verfassungsrecht besteht nicht. Insbesondere sind die §§ 903, 1004 BGB für sich genommen nicht unverhältnismäßig, da sie einer Abwägung des Hausrechts mit Gegenrechten der Benutzer nicht entgegen stehen.

2. Verfassungsmäßige Anwendung

Fraglich ist jedoch, ob die Anwendung der §§ 903, 1004 BGB auf den Fall der Bf. verfassungsmäßig war. FRaglich ist hier insbesondere, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 III GG gewahrt wurde. Dann müsste das Hausverbot zur Förderung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

a. Legitimer Zweck

"[86] Eingriffe in die Versammlungsfreiheit bedürfen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eines legitimen Zwecks. Ein Verbot, sich auf dem Flughafengelände zu versammeln, kann nicht schlichtweg auf ein dem Belieben der Beklagten unterliegendes privatautonomes Bestimmungsrecht über die Nutzung ihres Privateigentums gestützt werden. Die Grundrechtsbindung der Beklagten und die ihr fehlende Befugnis, sich im Verhältnis zu anderen Privaten auf ihr Eigentumsgrundrecht zu berufen, bedingen, dass § 903 Satz 1 BGB hier nicht wie zwischen Privaten als Ausdruck einer privatautonomen, grundsätzlich im Gutdünken stehenden Entscheidungsfreiheit des Eigentümers Anwendung findet, sondern als Ermächtigungsnorm zur Verfolgung legitimer Zwecke des gemeinen Wohls in Ausfüllung der Schranken der Versammlungsfreiheit. Der Rückgriff auf § 903 Satz 1 BGB bedarf deshalb einer auf solche Aufgaben bezogenen funktionalen Einbindung und ist nur dann gerechtfertigt, wenn er zum Schutz individueller Rechtsgüter oder zur Verfolgung legitimer, hinreichend gewichtiger öffentlicher Zwecke des gemeinen Wohls dient.

[87] Bei Versammlungen, die im Bereich eines Flughafens durchgeführt werden, gehören hierzu vor allem die Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Flughafenbetriebs. Ein Flughafen ist ein Verkehrsknotenpunkt für Güter- und Personenströme, er ist in ein komplexes System globaler Netzwerke eingebunden und baut auf die einwandfreie Funktionstüchtigkeit sensibler technischer Vorrichtungen und den reibungslosen Ablauf logistischer Prozesse, die im Falle der Störung oder gar des Versagens zum Verlust von unter Umständen elementaren Rechtsgütern führen können. Beeinträchtigungen im Betriebsablauf können daher eine unbestimmte Zahl von Menschen empfindlich treffen. Angesichts der hieraus folgenden spezifischen Gefährdungslage, die sich gegebenenfalls aus der unmittelbaren Verbindung von als Räume öffentlicher Kommunikation ausgestalteten Bereichen des Flughafens mit den der Verkehrsfunktion dienenden Einrichtungen noch verstärken kann, gewinnen die Sicherheit und die Funktionsfähigkeit des Flughafenbetriebs erhebliches Gewicht und können Einschränkungen der Versammlungsfreiheit rechtfertigen. Maßnahmen, die der Sicherheit und Leichtigkeit der Betriebsabläufe sowie dem Schutz der Fluggäste, der Besucher oder der Einrichtungen des Flughafens dienen, können folglich grundsätzlich auf das Hausrecht gestützt werden."

b. Geeignetheit

Wird der Bf. insgesamt verboten, das Flughafengelände ohne Erlaubnis der Fraport AG zu betreten, kann sie dort auch nicht mehr Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Flughafenbetriebs stören. Das Hausverbot war zur Förderung des Zwecks also geeignet.

c. Erforderlichkeit
An der Erforderlichkeit fehlt es, wenn mildere aber gleich effektive Mittel zur Erreichung des legitimen Zwecks existieren. Hier wäre daran zu denken, das Hausverbot lediglich auf die funktions- und sicherheitssensitiven Bereiche des Flughafens zu beschränken. Allerdings würde dies die Kontrolle wesentlich erschweren. Befinden sich die Demonstranten erst einmal im Flughafengebäude, sind sie weitaus schwerer zu überwachen, als wenn man ihnen keinen Einlass gewährt. Deshalb mag es sich bei der Beschränkung des Hausverbots auf bestimmte Örtlichkeiten um ein milderes Mittel handeln, dieses wäre aber nicht gleich geeignet.

d. Angemessenheit
Das BVerfG hält es jedoch für unangemessen, ein unbedingtes und unbeschränktes Hausverbot auszusprechen:

aa. Verbot als ultima ratio
"[90] Eine Untersagung einer Versammlung kommt nur in Betracht, wenn eine unmittelbare, aus erkennbaren Umständen herleitbare Gefahr für mit der Versammlungsfreiheit gleichwertige, elementare Rechtsgüter vorliegt. Für das Vorliegen der unmittelbaren Gefährdung bedarf es einer konkreten Gefahrenprognose. Bloße Belästigungen Dritter, die sich aus der Gruppenbezogenheit der Grundrechtsausübung ergeben und sich ohne Nachteile für den Versammlungszweck nicht vermeiden lassen, reichen hierfür nicht. Sie müssen in der Regel hingenommen werden. Sind unmittelbare Gefährdungen von Rechtsgütern zu befürchten, ist diesen primär durch Auflagen entgegenzuwirken. Die Untersagung einer Versammlung kommt als ultima ratio nur in Betracht, wenn die Beeinträchtigungen anders nicht verhindert werden können (vgl. BVerfGE 69, 315 [353]).

bb. Zur Gefahrenabwehr zulässig
[91] Diese Grundsätze hindern nicht, dass dem besonderen Gefahrenpotential von Versammlungen in einem Flughafen in spezifischer Weise begegnet und die Rechte anderer Grundrechtsträger berücksichtigt werden können. [...] So können zum Beispiel unüberschaubare, über eine begrenzte Zahl hinausgehende Spontanversammlungen unterbunden werden, wenn sie mangels hinreichender Möglichkeit zu sachgerechten Vorkehrungen des Flughafenbetreibers unbeherrschbar zu werden drohen. [...]
[92] Inhaltlich nähern sich damit die Handlungsmöglichkeiten, die der Beklagten als unmittelbar an die Grundrechte gebundenem Rechtsträger auf der Grundlage des Hausrechts zur Verfügung stehen, der Reichweite der Befugnisse der Versammlungsbehörden. Jedenfalls können ihre zivilrechtlichen Befugnisse grundsätzlich nicht so ausgelegt werden, dass sie über die den Versammlungsbehörden verfassungsrechtlich gesetzten Grenzen hinausreichen. [...]

cc. Generelles Demonstrationsverbot unzulässig
[95] Das von der Beklagten ausgesprochene Flughafenverbot untersagt der Beschwerdeführerin die Durchführung jeglicher Versammlungen in allen Bereichen des Flughafens, sofern diese nicht vorher nach Maßgabe einer grundsätzlich freien Entscheidung von der Beklagten erlaubt werden. Es beschränkt sich folglich nicht auf die Abwehr konkret drohender Gefahren für mit der Versammlungsfreiheit gleichwertige, elementare Rechtsgüter, sondern versteht sich als generelles Demonstrationsverbot gegenüber der Beschwerdeführerin. [...] Ein solch generelles Versammlungsverbot in dem zu weiten Teilen als öffentliches Forum ausgestalteten Flughafen genügt den Verhältnismäßigkeitsanforderungen nicht."

D. Ergebnis
Die Bf. ist in Art. 8 I GG verletzt.

2. Teil: Verletzung der Meinungsfreiheit
Fraglich ist, ob darüber hinaus eine Verletzung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG vorliegt. Dann müsste auch in dieses Grundrecht in verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Weise eingegriffen worden sein.

A. Schutzbereich betroffen
Fraglich ist zunächst die Eröffnung des Schutzbereichs in mehrerlei Hinsicht:

I. Grundrechtsgeltung unter Privaten
Hierzu kann auf das oben zu Art. 8 I GG Gesagte verwiesen werden: Die Fraport AG ist danach als mehrheitlich staatlich beherrschte Gesellschaft an die Grundrechte gebunden, somit auch an Art. 5 I 1 GG.

II. Abgrenzung zur Pressefreiheit
Die Meinungsfreiheit in "Schrift" nach Art. 5 I 1 GG ist von der Pressefreiheit nach Art. 5 I 2 GG zu unterscheiden, die jedes Druckerzeugnis erfasst. Die Bf. hat hier Flugblätter - also Druckerzeugnisse - verteilt. Das BVerfG geht jedoch in st.Rspr. davon aus, dass die Meinungsfreiheit unabhängig vom Verbreitungsmedium geschützt ist. Diese Ansicht bestätigt das Gericht auch hier:
"[97] Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG schützt das Äußern einer Meinung nicht nur hinsichtlich ihres Inhalts, sondern auch hinsichtlich der Form ihrer Verbreitung (vgl. BVerfGE 54, 129 [138 f.]; 60, 234 [241]; 76, 171 [192]). Hierzu gehört namentlich das Verteilen von Flugblättern, die Meinungsäußerungen enthalten."

[Anm.: Eines Rückgriffs auf Presse-, Rundfunk- oder Filmfreiheit nach Art. 5 I 2 GG bedarf es danach nur, wenn es nicht um die Inhalte, sondern um das Verbreitungsmedium an sich geht (Beispiel: Verkaufsverbot von Zeitungen in der Fußgängerzone) oder die Stellung des Betroffenen innerhalb der Presse etc. geht (Beispiel: Berufsverbot für einen Journalisten).]

III. Vorliegen einer Meinung

Unter einer Meinung i.S.d. Art. 5 I 1 GG ist jede wertende Stellungnahme zu verstehen, also - in Abgrenzung zu bloßen Tatsachenbehauptungen - solche, die subjektive Ansichten beinhalten und durch Elemente des Dafürhaltens geprägt sind. Dass dies hinsichtlich der Ansichten der Bf. zur Abschiebepraxis an deutschen Flughäfen der Fall ist, ist offensichtlich.

IV. Schutzumfang

Ähnlich wie bei Art. 8 I GG kommt das BVerfG schließlich auch bei Art. 5 I 1 GG dazu, dass keine bloße Nichtgewähr von Leistungen vorliegt, wenn man ihr den Zutritt zum Flughafengelände verwehrt:

"[93] Geschützt ist [...] auch die Wahl des Ortes und der Zeit einer Äußerung. Der sich Äußernde hat nicht nur das Recht, überhaupt seine Meinung kundzutun, sondern er darf hierfür auch die Umstände wählen, von denen er sich die größte Verbreitung oder die stärkste Wirkung seiner Meinungskundgabe verspricht (vgl. BVerfGE 93, 266 [289]). [...]

[98] Allerdings verschafft auch Art. 5 I 1 GG dem Einzelnen keinen Anspruch auf Zutritt zu ihm sonst nicht zugänglichen Orten. Die Meinungsäußerungsfreiheit ist dem Bürger nur dort gewährleistet, wo er tatsächlich Zugang findet. Anders als im Fall des Art. 8 Abs. 1 GG ist dabei die Meinungskundgabe aber nicht schon ihrem Schutzbereich nach auf öffentliche, der Kommunikation dienende Foren begrenzt. Denn im Gegensatz zur kollektiv ausgeübten Versammlungsfreiheit impliziert die Ausübung der Meinungsfreiheit als Recht des Einzelnen in der Regel keinen besonderen Raumbedarf und eröffnet auch nicht einen eigenen Verkehr, der typischerweise mit Belästigungen verbunden ist. Vielmehr haben die Meinungsäußerungsfreiheit und das aus ihr folgende Recht der Verbreitung von Meinungen keinen spezifischen Raumbezug. Als Individualrecht steht sie dem Bürger vom Grundsatz her überall dort zu, wo er sich befindet."

B. Eingriff

Das von der Fraport AG erteilte Flughafenverbot versagt der Bf. das Verteilen von Flugblättern und sonstigen Druckschriften im Flughafenbereich. Der Bf. wird der Zutritt zu dem - der Öffentlichkeit sonst allgemein zugänglichen - Flughafen somit verwehrt, wenn sie dort Flugblätter verteilen will. Hierin liegt seitens der - unmittelbar grundrechtsgebundenen - Beklagten ein Eingriff in die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 I 1 GG.

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Dann müsste er von den Schranken des Grundrechts gedeckt sein.

I. Schranken

"[100] Die Meinungsfreiheit ist - wie die Versammlungsfreiheit - nicht unbeschränkt gewährleistet. Vielmehr findet sie ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen. Zu diesen zählen insbesondere auch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches einschließlich des aus § 903 Satz 1 und § 1004 BGB abzuleitenden Hausrechts. Grundsätzlich kann damit die Beklagte Beschränkungen der Meinungskundgabe im Bereich des Flughafens auf ihr Hausrecht stützen."

II. Schranken-Schranken

Dass die §§ 903, 1004 BGB ihrerseits verfassungsgemäß sind, wurde bereits oben ausgeführt. Fraglich ist jedoch, ob sie im Lichte des Art. 5 I 1 GG verfassungsgemäß angewendet wurden. Das BVerfG verneint dies aus ähnlichen Gründen wie oben zu Art. 8 I GG. Namentlich sei das Hausverbot unverhältnismäßig und verstieße daher gegen Art. 20 III GG:

"[101] Gesetze, auf deren Grundlage die Meinungsfreiheit beschränkt wird, sind jedoch - wie für die Versammlungsfreiheit dargelegt - ihrerseits im Lichte des eingeschränkten Grundrechts auszulegen. Hierbei ist der für eine freiheitlich demokratische Ordnung konstituierenden Bedeutung der Meinungsfreiheit Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 7, 198 [208 f.]; 101, 361 [388]; st.Rspr.). Insbesondere sind die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu beachten. [....]

[105] Die Einschränkungen der Meinungskundgabe müssen zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein. Dies schließt es jedenfalls aus, das Verteilen von Flugblättern im Flughafen generell zu verbieten oder von einer Erlaubnis abhängig zu machen."

[Anm.: Das BVerfG stellt anschließend noch klar, dass es allerdings - wie bei Art. 8 I GG - auch im Hinblick auf Art. 5 I 1 GG zulässig gewesen wäre, die Meinungsäußerung zu unterbinden, wenn durch sie Ablauf oder Sicherheit des Flughafenbetriebs gestört würden. Lediglich eine "Wohlfühlatmosphäre" für die Besucher zu erhalten, stelle demgegenüber keinen tauglichen Zweck dar.]

D. Ergebnis

Auch die Meinungsfreiheit der Bf. aus Art. 5 I 1 GG ist verletzt.

Standort: Zivilrecht Problem: Sachenrecht

OLG KOBLENZ, URTEIL VOM 28.10.2010
6 U 473/10 (NJOZ 2011, 260)

Problemdarstellung:

Die Kl. schloss im Jahr 2008 über zwei ihr gehörende Pkw Leasingverträge mit der in Belgien ansässigen Firma A. ab. Die Zulassung der Pkw erfolgte in Belgien. Nachdem die A. in Zahlungsschwierigkeiten geraten war, verkaufte sie die Pkw an die deutsche Bekl. und übergab dieser sämtliche Fahrzeugpapiere und –schlüssel. Unter den Fahrzeugpapieren befindet sich der sog. „Kentekenbewijs" (Kennzeichennachweis), in dem die Kl. als Halterin aufgeführt ist. Die Fahrzeuge wurden später in Deutschland durch die Staatsanwaltschaft beschlagnahmt und befinden sich seitdem in polizeilichem Gewahrsam.

Die Kl. verlangt die Zustimmung der Bekl. zur Herausgabe der Pkw. Sie habe ihr Eigentum an den Pkw nicht verloren, da die Bekl. beim Erwerb nicht in guten Glauben gewesen sei. Die Bekl. meint, das Eigentum an den Pkw gutgläubig erworben zu haben, denn sie habe alles getan um die Verfügungsberechtigung der Firma A. zu überprüfen.

Prüfungsrelevanz:

Die Examensrelevanz der vorliegenden Entscheidung folgt daraus, dass es sich im Grundsatz um einen echten „Klassiker" des Sachenrechts handelt – der allerdings in einigen Punkten modifiziert ist.

Zunächst ist ein grenzüberschreitender Sachverhalt festzustellen, der die Frage nach dem anwendbaren Recht aufwirft. Da die relevanten Geschehnisse noch aus der Zeit vor der Rom-II-VO stammen ist das EGBGB anwendbar. Art. 43 I EGBGB legt die Anwendbarkeit deutschen Rechts fest, da Sachenrechte dem Recht des Staates unterliegen, in dem sich die Sache befindet. Dies wäre auch nach dem Inkrafttreten der Rom-II-VO zum 11.01.2009 nicht anders, da diese keine Regelungen über das Sachenrecht trifft und somit gem. Art. 1 Rom-II-VO das EGBGB anwendbar bleibt.

Da sich die Pkw vorliegend jedenfalls nicht im unmittelbaren Besitz der Bekl. befinden, stellt sich außerdem die Frage nach der korrekten Anspruchsgrundlage. In Betracht kommt ein Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB, der aber voraussetzt, dass die Bekl. wenigstens mittelbare Besitzerin der Pkw ist. Ob dem so ist will der Senat nicht beantworten und beruft sich auf einen Anspruch aus § 812 BGB, gerichtet auf Zustimmung zur Freigabe der Pkw. Denn die Beschlagnahme gleicht der Hinterlegung, bei der anerkannt ist, dass der wirkliche Berechtigte (die Kl.) gegen andere Hinterlegungsbeteiligte (die Bekl.) einen Anspruch aus § 812 BGB auf Einwilligung in die Herausgabe des hinterlegten Gegenstandes hat (*BGH*, NJW 1972, 1054). Es handelt sich um einen Fall der Eingriffskondiktion gem. § 812 I 1 Var. 2 BGB, da die Bekl. um die Rechtsstellung, die sie aufgrund der in ihrem Betrieb vorgenommenen Sicherstellung, ohne Rechtsgrund auf Kosten der Kl. bereichert ist. Die Bekl. kann aber nur „auf Kosten" der Kl. bereichert sein, wenn letztere tatsächlich Eigentümerin der Pkw geblieben ist; damit stellen sich dieselben sachenrechtlichen Fragen wie im Rahmen der Prüfung des § 985 BGB.

Die Kl. hatte ihr Eigentum nicht verloren, denn die Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb der Bekl. gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB lagen mangels Gutgläubigkeit nicht vor. Schon der Erwerb von im Inland zugelassenen Gebrauchtwagen verlangt, dass der Erwerber den Fahrzeugbrief (Zulassungsbescheinigung Teil II) einsieht, um die Berechtigung des Verkäufers zu prüfen (*BGH*, NJW 2006, 3488 [3489]). Beim Erwerb von im Ausland angemeldeten Pkw dürfen keine weniger strengen Voraussetzungen gelten (*BGH*, NJW 1991, 1415 [1416]); vielmehr sind nach Ansicht des Senats gesteigerte Anforderungen zu stellen. Der sog. „Kentekenbewijs" genügt nicht, um den Nachweis der Verfügungsbefugnis zu führen. Denn dieser ist allenfalls mit dem Fahrzeugschein (Zulassungsbescheinigung Teil I), nicht aber dem Fahrzeugbrief vergleichbar. In Belgien wird die Verfügungsbefugnis üblicherweise durch Vorlage der Kaufrechnung geführt. Dies hätte die Bekl. nach Ansicht des Senats in Erfahrung bringen müssen.

Zudem war schon aus dem „Kentekenbewijs" ersichtlich, dass nicht A., sondern die Kl. als Halterin eingetragen war. Immer dann, wenn der Veräußerer und der in den Papieren angegebene Verfügungsberechtigte voneinander abweichen, sind jedoch Nachforschungen anzustellen, ggf. durch Einschaltung eines sprachkundigen Fachmannes. Da die Kl. dies nicht getan hatte, konnte sie keinen guten Glauben entwickeln und demnach kein Eigentum an den Fahrzeugen erwerben.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum gutgläubigen Erwerb von Pkw: *BGH*, NJW 2006, 3488, NJW 1996, 2226 (Erwerber muss sich Kfz-Brief vorlegen lasen); NJW 1996, 314 (Neuwagenverkauf durch Privatperson); *Schmid*t, JuS 1996, 456 u.1032 (Besprechungen der vorgenannten BGH-Entscheidungen)

❑ Zum gutgläubigen Erwerb von Pkw mit Auslandszulassung: *BGH*, NJW 1991, 1415 (Kfz-Erwerb in Italien)

Kursprogramm:
- ❑ *Examenskurs:* "Der gestohlene Vw-Bus"
- ❑ *Examenskurs*: „Der gestohlene Pkw"

Leitsätze:
1. Die Beschlagnahme gleicht der Hinterlegung, bei der anerkannt ist, dass der wirklich Berechtigte gegen andere Hinterlegungsbeteiligte einen Anspruch aus § 812 BGB auf Einwilligung in die Herausgabe des hinterlegten Gegenstandes hat.
2. Bei dem Erwerb eines im Ausland angemeldeten Wagens hat sich der Käufer darüber zu vergewissern, dass er nach dem Inhalt der vorgelegten ausländischen Kfz-Papiere - unbelastetes - Eigentum an dem Kraftwagen erwerben kann. Notfalls hat er hierzu die Hilfe eines sprachkundigen und mit den im Zulassungsstaat geltenden Regeln vertrauten Fachmannes in Anspruch zu nehmen (vgl. BGH, NJW 1991, 1415).
3. Für ein in Belgien zugelassenes Kraftfahrzeug ist der sog. "Kentekenbewijs" nur einer deutschen Zulassungsbescheinigung Teil I - früher: Kraftfahrzeugschein - vergleichbar und zum Nachweis einer Verfügungsberechtigung des Besitzers nicht geeignet. Der Nachweis des Eigentums an einem Gebrauchtwagen wird in Belgien üblicherweise durch die Vorlage der Rechnung geführt.(Rn.32)
4. Immer dann besteht beim Gebrauchtwagenkauf Anlass zu weitergehenden Nachforschungen, wenn Veräußerer und in den Papieren verzeichneter Verfügungsberechtigter nicht identisch sind (vgl. BGH, a.a.O).

Sachverhalt:
Im Jahr 2008 schloss die K-GmbH (K) mit der in Belgien ansässigen A-S.A. (A) Leasingverträge über zwei Pkw Mercedes-Benz 220 CDI Elegance. Die A ließ die Fahrzeuge in Belgien zu. Kurz darauf geriet sie in ernsthafte Zahlungsschwierigkeiten, die sie veranlassten, u.a. die Fahrzeuge der K zu veräußern um den Verkaufserlös einzubehalten. Mit der aus Deutschland stammenden B hatte K schnell eine Käuferin gefunden. Um die Eigentümerstellung der A zu überprüfen, ließ sich B die belgischen Fahrzeugpapiere vorlegen. Hierunter fand sich u.a. der sog. „Kentekenbewijs", eine amtliche Urkunde über die Zulassung von Fahrzeugen im Straßenverkehr, die u.a. eine Individualisierung des Fahrzeugs und die Zuteilung eines Kennzeichens zu einer bestimmten Person, die nicht der Eigentümer sein muss, enthält. In dieser Urkunde ist die K als Halterin eingetragen. A wies im Verkaufsgespräch daraufhin, dass die Fahrzeuge „ursprünglich aus einem Leasingvertrag" stammten. Aus Erfahrung weiß B jedoch, dass Leasingfahrzeuge in Belgien üblicherweise mit einer fest angebrachten, äußerlich sichtbaren Markierung versehen sind. Da eine solche Markierung an den Fahrzeugen nicht zu erkennen war, ging B von der Eigentümerstellung der A aus. Der Kauf wurde schließlich vollzogen, indem der B die Fahrzeuge, Fahrzeugpapiere und sämtliche Schlüssel ausgehändigt wurden.
Aufgrund der Zahlungsrückstände konnte die K zwischenzeitlich ein rechtskräftiges Urteil auf Herausgabe der Fahrzeuge erstreiten. Als sie erfährt, dass die Fahrzeuge bereits weiterveräußert wurden, teilt sie der zuständigen Staatsanwaltschaft den Verdacht der Unterschlagung mit. Diese leitet ein Ermittlungsverfahren ein und kann durch die Polizei die Fahrzeuge bei B ausfindig machen und nach §§ 94, 111 c StPO sicherstellen lassen.
K verlangt die Fahrzeuge heraus. B meint jedoch, jedenfalls gutgläubig das Eigentum an den Fahrzeugen erlangt zu haben. Außerdem wendet sie ein, Reparaturleistungen im Wert von 4.500 € an den Fahrzeugen erbracht zu haben. Diese setzen sich zusammen aus Reparaturen der Bremsanlagen, Inspektion, Austausch von Felgen und Reifen zu insgesamt 3.000 €, sowie einer Intensiv-Aufbereitung mit Entfernen von Beulen zu insgesamt 1.500 €.

Hat K Ansprüche gegen B?

Lösung:

A. Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB
K könnte von B die Herausgabe der Pkw gem. § 985 BGB verlangen, sofern vorliegend deutsches Recht anwendbar ist und die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs gegeben sind.

I. Anwendbarkeit deutschen Rechts
Die Anwendbarkeit des deutschen Rechts ergibt sich aus Art. 43 I EGBGB, da die Fahrzeuge, deren Herausgabe verlangt wird, sich in Deutschland befinden.

[Anm.: Der Sachverhalt stammt aus einer Zeit vor dem Inkrafttreten der Rom-II-Verordnung (am 11.01.2009), so dass ausschließlich das EGBGB anwendbar ist. Auch nach dem Inkrafttreten der Rom-II-Verordnung ist die Frage gem. Art. 43 I EGBGB zu beurteilen, da die Verordnung zwar Regelungen zur GoA, zur ungerechtfertigten Bereicherung und zur unerlaubten Handlung, jedoch keine Regelungen zum Sachenrecht enthält. Für diesen Fall bestimmt Art. 1 Rom-II-VO auch weiterhin die Anwendbarkeit des EGBGB.]

II. Voraussetzungen § 985 BGB
K müsste Eigentümerin, B Besitzerin der Pkw ohne Besitzrecht sein. Hier bestehen schon Zweifel am Besitz der B. Da die Pkw sich derzeit in polizeilichem

Gewahrsam befinden, kommt allenfalls ein mittelbarer Besitz der B in Betracht.
Dies setzt gem. § 868 BGB ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen B und der beschlagnahmenden Behörde, einen Fremdbesitzerwillen der Behörde und einen Herausgabeanspruch (vgl. "auf Zeit") der B voraus. Das Besitzmittlungsverhältnis kann auch öffentlich-rechtlicher Natur sein (Palandt/Bassenge, § 868 Rn. 6) und durch eine Beschlagnahme begründet werden.
Das gilt aber nur dann, sofern die Behörde auch einen Fremdbesitzerwillen hat (BGH, NJW 1993, 935, 936; Münch.Komm.-Joost, § 868 Rn 41). Ein solcher ist zu verneinen, sofern keine Rückgabe beabsichtigt ist (Münch.Komm.-Joost, § 868 Rn 41).
Der Pkw wurde nach §§ 94, 111 c StPO sichergestellt. Die Beschlagnahme einer Sache nach § 111 c StPO erfolgt gem. § 111 b StPO aber nur dann, wenn die Voraussetzungen für ihren Verfall oder ihre Einziehung vorliegen. Somit ist grds. keine Rückgabe beabsichtigt. Mithin ist auch ein Fremdbesitzerwille zu verneinen.
Folglich ist B auch nicht mittelbare Besitzerin, so dass ein Herausgabeanspruch der K gem. § 985 BGB nicht in Betracht kommt.

B. Freigabeanspruch gem. § 812 BGB
K könnte gegen B einen Anspruch auf Zustimmung zur Herausgabe der Pkw durch die Staatsanwaltschaft gem. § 812 I 1 Var. 2 BGB haben (Freigabeanspruch).

I. Anwendbarkeit deutschen Rechts
Die Anwendbarkeit des deutschen Rechts ergibt sich aus Art. 38 II, III EGBGB, da die – noch festzustellende – Bereicherung der B durch einen Eingriff in die Rechte der K geschehen ist, der in Deutschland vorgenommen wurde, und zudem die Bereicherung in Deutschland eingetreten ist.

[Anm.: Seit der Anwendbarkeit der Rom-II-Verordnung ist auf Art. 10 Rom-II-VO abzustellen.]

II. Voraussetzungen des § 812 BGB
B müsste „etwas" in sonstiger Weise auf Kosten der K und ohne Rechtsgrund erlangt haben.

1. Etwas erlangt
B müsste „etwas", also eine vermögenswerte Rechtsposition erlangt haben. Durch die Beschlagnahme hat B die Rechtsstellung der Empfangsberechtigten für die Rückgabe der Pkw durch die Staatsanwaltschaft erlangt. Das ergibt sich aus Nr. 75 II RiStBV (Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren), wonach beschlagnahmte Sachen an den letzten Gewahrsamsinhaber herausgegeben werden, es sei denn, dass dieser der Herausgabe an einen anderen zugestimmt hat (OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 1989, 823). Da B die letzte Gewahrsamsinhaberin war und einer Herausgabe an die K bislang nicht zugestimmt hat, ist sie auch die Empfangsberechtigte hinsichtlich der Rückgabe. Sie hat damit eine vermögenswerte Rechtsposition erlangt.

2. In sonstiger Weise auf Kosten des Anspruchstellers
Die Bereicherung müsste in sonstiger Weise, d.h. in Abgrenzung zu § 812 I 1 Var. 1 BGB nicht durch Leistung, und auf Kosten des Anspruchstellers geschehen sein.

a) Subsidiarität der Eingriffskondiktion
Das erlangte „etwas" dürfte dem Anspruchsgegner nicht im bereicherungsrechtlichen Sinne geleistet worden sein. Zwar hat A das Vermögen der B bewusst und zweckgerichtet um den Besitz an den Pkw gemehrt, jedoch bezieht sich der Kondiktionsanspruch nicht auf den Besitz. Vielmehr ist B um die Rechtsstellung bereichert, die sich aus der Beschlagnahme ergibt. Diese wurde ihr nicht im bereicherungsrechtlichen Sinne geleistet, sondern entsteht gem. Nr. 75 II RiStBV automatisch durch den staatlichen Akt der Beschlagnahme. Der Grundsatz der Subsidiarität ist mithin gewahrt.

b) Auf Kosten des Anspruchstellers
Die Bereicherung müsste auf Kosten der K geschehen sein, also durch Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts. Die Empfangsberechtigung hinsichtlich der Rückgabe einer beschlagnahmten Sache steht regelmäßig dem Eigentümer der Sache zu. Somit kommt ein Eingriff in das Eigentumsrecht der K aus § 903 BGB in Betracht, sofern sie weiterhin Eigentümerin der Pkw ist.

aa) Ursprüngliche Eigentümerstellung
Ursprünglich war K Eigentümerin der Pkw. Sie hat das Eigentum auch nicht an A verloren, da die Leasingverträge zunächst auf Gebrauchsüberlassung gerichtet waren und ein anschließender Eigentumserwerb (wie z.B. beim Finanzierungsleasing üblich) nicht erfolgte.

bb) Verlust der Eigentümerstellung durch Verfügung der A
K könnte das Eigentum jedoch durch die Verfügung der A gem. § 929 S. 1 BGB verloren haben. Dann müsste diese Übereignung zwischen A und B wirksam sein.

(a) Eigentumserwerb vom Berechtigten
A und B haben sich i.S.d. § 929 S. 1 BGB geeinigt. Die Pkw sind übergeben worden. Mangels entgegenstehender Angaben waren sich A und B über den Ei-

gentumsübergang auch noch im Zeitpunkt der Übergabe einig (vgl. § 929 S. 1 BGB „einig sind"; Gegenschluss aus § 873 II BGB). Jedoch war A nicht verfügungsbefugt, da sie weder Eigentümerin, noch verfügungsbefugte nicht Eigentümerin war. Ein Eigentumserwerb vom Berechtigten gem. § 929 S. 1 BGB kommt daher nicht in Frage.

(b) Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten
Jedoch könnte B das Eigentum an den Pkw gutgläubig gem. § 932 BGB erworben haben.

(1) Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts
Es liegt ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts vor, da es sich um einen rechtsgeschäftlichen Erwerbstatbestand handelt und auf Veräußerer- und Erwerberseite keine identischen Personen oder Vermögensmassen stehen (vgl. Palandt/Bassenge, § 892 Rn. 5 ff.).

(2) Rechtsschein
Zugunsten der Besitzerin wird gem. § 1006 I BGB vermutet, dass sie mit dem Erwerb des Besitzes unbedingtes Eigentum erwarb und es während der Besitzzeit behielt (vgl. *BGH*, NJW 1994, 939). Damit ist zugunsten der A ein Rechtsschein gegeben.

(3) Guter Glaube gem. § 932 II BGB
Schließlich müsste B hinsichtlich der Eigentümerstellung der A gutgläubig gewesen sein. Das ist gem. § 932 II BGB der Fall, wenn B weder positiv wusste, noch grob fahrlässig nicht wusste, dass A nicht Eigentümerin der Pkw war.
Für B streitet, dass A im Besitz der Fahrzeugpapiere und sämtlicher Schlüssel war. Zudem waren die Pkw nicht mit den in Belgien typischen Markierungen für Leasingfahrzeuge versehen, so dass B nicht schlechthin von fremden Eigentum ausgehen musste. Gegen eine Gutgläubigkeit der B spricht aber, dass nicht A, sondern die Kl. im sog. „Kentekenbewijs" als Halterin eingetragen war. Ein Auseinander fallen von Verfügendem und materiell Berechtigten ist auch in Deutschland nur dann unschädlich, wenn es sich beim Verfügenden um einen Gebrauchtwagenhändler handelt (vgl. BGH, NJW 1996, 2226). Somit sind hinsichtlich der Gutgläubigkeit der B auch vorliegend die Grundsätze zum Gebrauchtwagenkauf anzuwenden:

(*i) Grundsätze des Gebrauchtwagenkaufs anwendbar*
„[31] Anzuwenden sind auf den vorliegenden Fall die Grundsätze, die in der Rechtsprechung zum Erwerb von Gebrauchtwagen entwickelt worden sind. Danach gehört zu den Mindestvoraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs eines gebrauchten in Deutschland zugelassenen Kraftfahrzeugs, dass sich der Käufer den Kraftfahrzeugbrief - jetzt: die Zulassungsbescheinigung Teil II - vorlegen lässt, um die Berechtigung des Veräußerers überprüfen zu können (BGH NJW 2006, 3488, 3489). Aber auch beim Erwerb eines im Ausland angemeldeten Wagens muss der Käufer keinesfalls weniger Vorsicht walten lassen, als wenn er ein in Deutschland zugelassenes Fahrzeug erwerben würde (BGH NJW 1991, 1415, 1416). Im Gegenteil sind beim Kauf eines Auslandsfahrzeugs im Inland im Hinblick auf mögliche Besonderheiten ausländischer Kfz-Papiere gesteigerte Anforderungen zu stellen. Der Käufer hat sich daher darüber zu vergewissern, dass er nach dem Inhalt der vorgelegten ausländischen Kfz-Papiere - unbelastetes - Eigentum an dem Kraftwagen erwerben kann. Hierzu hat er notfalls die Hilfe eines sprachkundigen und mit den im Zulassungsstaat geltenden Regeln vertrauten Fachmanns in Anspruch zu nehmen (so BGH aaO.). Das hat die Beklagte versäumt.
[32] Spätestens bei Befragung einer fachkundigen Person hätte die Beklagte Kenntnis davon erlangt, dass für in Belgien zugelassene Kraftfahrzeuge ein der Zulassungsbescheinigung Teil II vergleichbares Papier nicht ausgestellt wird und der sog. "Kentekenbewijs", welcher von der Firma ...[A] für die Kraftfahrzeuge vorgelegt wurde, nur einer deutschen Zulassungsbescheinigung Teil I - früher: Kraftfahrzeugschein - vergleichbar ist, zum Nachweis der Verfügungsberechtigung des Besitzers also nicht geeignet ist. Weiter wäre die Beklagte, wenn sie sich in der gebotenen Weise kundig gemacht hätte, darüber informiert worden, dass in Belgien der Nachweis des Eigentums an einem Gebrauchtwagen üblicherweise durch die Vorlage der Rechnung geführt wird, die dem Verkäufer über seinen Erwerb des Fahrzeugs ausgestellt wurde. Dass dies in Belgien üblich ist, hat die Klägerin durch Vorlage des Urteils der Rechtbank van Koophandel Turnhout (Provinz Antwerpen) vom 14.09.2007, Aktenzeichen: A/06/2375 (Übersetzung: Bl. 189 f. GA) nachgewiesen. Darin wird unter Angabe anderer Gerichtsentscheidungen ausgeführt, dass nach der Rechtsprechung der belgischen Gerichte ein professioneller Autohändler sich beim Ankauf eines Gebrauchtwagens nicht allein auf die Erklärung des Verkäufers betreffend sein Eigentum verlassen dürfe, sondern sich entweder die Original-Ankaufsrechnung vorlegen lassen müsse oder anderweitige (z. B. telefonische) Ermittlungen über die Herkunft des Fahrzeugs anstellen müsse. An der Richtigkeit dieser Ausführungen des belgischen Gerichts hat der Senat keinen Zweifel.
[33] Wenn also, wie bereits ausgeführt, beim Erwerb gebrauchter in Belgien zugelassener Kraftfahrzeuge nach deutschem Recht zumindest ebenso strenge Anforderungen an den guten Glauben zu stellen sind wie beim Erwerb in Deutschland zugelassener Fahrzeuge und auch die Möglichkeit besteht, das Eigentum an Fahrzeugen mit belgischer Zulassung in ähnlich zu-

verlässiger Weise zu belegen wie durch eine Zulassungsbescheinigung Teil II, nämlich durch die Vorlage der Original-Handelsrechnung über den Vorerwerb, so ist beim Erwerb eines solchen Fahrzeugs auch nach deutschem Recht als Mindestvoraussetzung des guten Glaubens, wenn andere Mittel nicht zur Verfügung stehen, die Vorlage eines solchen Beleges - statt der Zulassungsbescheinigung Teil II - zu verlangen. Andernfalls würde der gutgläubige Erwerb belgischer Gebrauchtwagen gegenüber demjenigen deutscher Fahrzeuge deutlich erleichtert und der Schutz des Eigentümers in nicht gerechtfertigter Weise verringert. Unstreitig ließ die Beklagte sich aber von der Firma ...[A] keine Rechnung über deren Erwerb der beiden PKW vorlegen."

(ii) Keine anderweitigen Nachforschungen der B trotz hinreichender Verdachtsmomente

„[34] Die Beklagte vergewisserte sich auch nicht auf andere Weise hinreichend über die Eigentumsverhältnisse an den beiden Wagen. Der Umstand, dass die Verkäuferin im Besitz aller Fahrzeugschlüssel sowie der Versicherungspapiere war, ließ keine sicheren Rückschlüsse auf ihr Eigentum zu. Das Fehlen eines fest am Fahrzeug angebrachten Hinweises auf das Eigentum der Leasinggeberin genügte ebenfalls nicht als Eigentumsbeweis. Selbst wenn es, wie die Beklagte vorträgt, in Belgien üblich sein sollte, dass Leasingfirmen sich durch eine derartige Kennzeichnung der von ihnen verleasten Fahrzeugen absichern, so konnte die Beklagte sich doch nicht darauf verlassen, dass dieser Übung ausnahmslos gefolgt würde. Zudem hätte durch das Fehlen eines solchen Hinweises allenfalls bewiesen werden können, dass es sich nicht um Leasingfahrzeuge handelte, nicht aber, dass die Firma ...[A] Eigentümerin war. Es bedarf daher keiner Prüfung, ob der diesbezügliche Vortrag der Beklagten zutrifft. Schließlich durfte die Beklagte sich auch nicht darauf verlassen, dass ihr auf ihre Anfrage bei der deutschen Polizei mitgeteilt wurde, die Fahrzeuge seien nicht als gestohlen gemeldet. Denn die Beklagte konnte nicht davon ausgehen, dass sämtliche in Belgien zugelassene und gestohlene oder - wie im vorliegenden Fall - unterschlagenen PKW bei der deutschen Polizei gemeldet waren.

[35] Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, es habe an Verdachtsmomenten für ein mögliches Fehlen der Verfügungsbefugnis der Verkäuferin gefehlt. Wie in der Rechtsprechung zu in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen eine solche Verdachtssituation schon dann bejaht wird, wenn eine Zulassungsbescheinigung Teil II nicht vorgelegt wird (BGH NJW 1965, 687, 688: Kraftfahrzeugbrief), so muss beim Erwerb eines in Belgien zugelassenen Wagens das Gleiche angenommen werden, wenn ein entsprechender Nachweis, nämlich die Original- Handelsrechnung über den Vorerwerb, fehlt. Hinzukommt im vorliegenden Fall, dass nach ständiger Rechtsprechung beim Gebrauchtwagenkauf immer dann Anlass zu weitergehenden Nachforschungen besteht, wenn Veräußerer und in den Papieren - hier im Kentekenbewijs - verzeichneter Verfügungsberechtigter nicht identisch sind (BGH NJW 1991, 1415, 1417). Aufgrund der Tatsache, dass die zu den PKW gehörenden Kennzeichennachweise nicht die Firma ...[A], sondern die Klägerin als Halterin auswiesen und es deshalb nahelag, dass diese zumindest einmal Eigentümerin oder Verfügungsbefugte gewesen war, bestand für die Beklagte vermehrter Anlass für eine Überprüfung der Eigentumsverhältnisse. Hinzukommt, dass die Beklagte selbst vorträgt, davon ausgegangen zu sein, dass die Verkäuferin die Autos auf Kredit gekauft habe. Darin lag ein weiterer Grund für zusätzliche Nachforschungen; denn mit einem Kredit geht häufig eine Sicherungsübereignung o. ä. einher. Auf die Erklärung seitens der Firma ...[A], der Kredit sei vollständig zurückgeführt, durfte die Beklagte sich nicht verlassen."

(iii) Zwischenergebnis

Mangels Gutgläubigkeit konnte B die Pkw nicht gem. §§ 929 S. 1, 932 II BGB erwerben. Das Eigentum ist somit bei K verblieben.

Folglich stellt die bei B eingetretene Bereicherung auch einen Eingriff in das Eigentumsrecht der K aus § 903 BGB dar.

3. Ohne Rechtsgrund

Die Bereicherung erfolgte ohne Rechtsgrund.

B ist somit verpflichtet, der Herausgabe der Fahrzeuge durch die Staatsanwaltschaft an K zuzustimmen.

4. Einreden

Es könnte jedoch zu berücksichtigen sein, dass B hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB aufgrund der getätigten Verwendungen geltend macht.

Dann müsste der B aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem ihre Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen die Gläubigerin K haben. Der Anspruch der K resultiert, obwohl er vorliegend in einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung eingekleidet ist, aus ihrem Eigentum (§ 903 BGB). Zwischen K und B bestand jedenfalls für den Zeitraum des unmittelbaren Besitzes der B ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis mit den Sekundärpflichten der §§ 987 ff. BGB. Hieraus kann auch der Besitzer berechtigt sein, sofern er Verwendungen auf die Sache getätigt hat, die gem. §§ 994 ff. BGB ersatzfähig sind. Insofern kommt eine Gegenforderung der B aus § 994 II i.V.m. §§ 683 S. 1, 670, 677 BGB auf Ersatz notwendiger Verwendungen in Betracht.

a) Bösgläubigkeit der B
Gem. § 994 II BGB müsste B zunächst bösgläubig gewesen sein. Wie bereits festgestellt, handelte B nicht in guten Glauben gem. § 932 II BGB. Diese Feststellung wurde zwar in Bezug auf die Eigentümerstellung der A getroffen; hinsichtlich des Besitzrechts dürfte jedoch nichts anderes gelten. Denn B hätte erkennen müssen, dass A auch den Besitz an den geleasten Fahrzeuge nicht ohne weiteres an Dritte übertragen durfte.

[Anm.: Als Maßstab für die Gut- bzw. Bösgläubigkeit hinsichtlich des Besitzrechts wird vermehrt auf § 932 II BGB analog abgestellt - vgl. z.B. OLG Hamm, DAR 2010, 707 – dort wendet der Senat § 932 II BGB ohne weiteren Kommentar auf das Erfordernis der Gutgläubigkeit in § 1007 BGB an (Rn. 81 d. Urteils).]

b) Verwendungen
B müsste Verwendungen auf die Sache getätigt haben. Verwendungen sind freiwillige Vermögensopfer, die der Sache unmittelbar zugute kommen, indem sie sie erhalten, wiederherstellen oder verbessern (BGHZ 131, 220). Die von B vorgetragenen Reparatur- und Aufbereitungsleistungen sind der Erhaltung bzw. der Verbesserung der Pkw dienlich gewesen. Es handelt sich somit um Verwendungen.

c) Keine gewöhnlichen Erhaltungskosten gem. § 994 I 2 BGB
Es handelt sich bei den Verwendungen auch nicht um gewöhnliche Erhaltungskosten i.S.d. § 994 I 2 BGB.

d) Notwendigkeit der Verwendungen
Die Verwendungen müssten notwendig gewesen sein. Das ist der Fall, wenn sie zur Erhaltung oder ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache nach objektivem Maßstab zur Zeit der Vornahme erforderlich ist (vgl. *BGH*, NJW 1996, 921 [922]).
Die Reparaturleistungen, der Austausch von Reifen und Felgen sowie die Inspektion waren zur Erhaltung der Pkw objektiv erforderlich. Nicht erforderlich waren jedoch die Aufbereitungsmaßnahmen:
„[43] Nicht ersatzfähig sind dagegen die mit „Intensiv Aufbereitung“, „Arbeiten durch Beulendoktor“ und „Komplett Aufbereitung“ bezeichneten Verwendungen. Mangels besonderen Vortrags ist davon auszugehen, dass es sich hier um bloße Schönheitsreparaturen und somit allenfalls um nützliche, nicht aber notwendige Verwendungen handelte. Die Voraussetzungen des § 994 BGB sind daher nicht gegeben.”
B hat damit notwendige Verwendungen in einem Umfang von ca. 3.000 € erbracht.

e) Rechtsfolge: Ersatzpflicht nach den Voraussetzungen der GoA gem. §§ 683 S. 1, 670, 677 BGB
Gem. § 994 II BGB bestimmt sich die Ersatzpflicht nach den Vorschriften über die GoA gem. §§ 683 S. 1, 670, 677 BGB.
Da die Vornahme der notwendigen Verwendungen dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen der K entsprachen, sind sie ersatzfähig.

[Anm.: Die Verweisung des § 994 II BGB in die Vorschriften über die GoA stellt eine sog. partielle Rechtsgrundverweisung dar. Dies deshalb, weil die Vorschriften der GoA – trotz des Vorliegens einer Rechtsgrundverweisung – nur partiell vorliegen müssen: Der Fremdgeschäftsführungswille ist als Prüfungsvoraussetzung ausnahmsweise entbehrlich. Er würde im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis typischerweise nie vorliegen, da der Besitzer, der irrtümlich von einem Eigentumserwerb ausgeht, nie mit Fremdgeschäftsführungswillen handeln wird.
Die übrigen Voraussetzungen des §§ 683 S. 1, 670, 677 BGB, sind bereits geprüft worden: Mit der Prüfung des Eingriffs in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts ist insbesondere das „fremde Geschäft“ i.S.d. § 677 BGB bejaht worden.]

f) Zwischenergebnis
B steht gem. § 994 II i.V.m. §§ 683 S. 1, 670, 677 BGB ein Anspruch auf Verwendungsersatz in Höhe von ca. 3.000 € zu. Diesen kann sie gem. § 273 BGB dem Kondiktionsanspruch der K einredeweise entgegenhalten. Gem. § 274 BGB hat demnach eine Zug-um-Zug-Verurteilung der B zu erfolgen.

III. Ergebnis
K kann von B die Zustimmung zur Herausgabe der Pkw durch die Staatsanwaltschaft gem. § 812 I 1 Var. 2 BGB Zug-um-Zug gegen Zahlung von 3.000 € verlangen.

Standort: § 263 StGB Problem: Konkludente Täuschung

OLG FRANKFURT A.M., BESCHLUSS VOM 27.12.2010
1 WS 29/90 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeschuldigten hatten als verantwortliche Vertreter zweier britischer Unternehmen Internet-Seiten mit diversen Angeboten (z.B. Routenplaner, Tattoo- und Rezepte-Archive) unterhalten. Um die angebotenen Services zu nutzen und gleichzeitig an einem Gewinnspiel teilzunehmen, mussten die interessierten Internet-Nutzer sich auf den Seiten registrieren. Lediglich versteckt in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie auf einem Teil der Internet-Seite, der nur dann zu erkennen war, wenn der Nutzer unter die auszufüllende Eingabemaske herunterscrollte, wurde darauf hingewiesen, dass durch die entsprechende Registrierung ein Abonnementvertrag abgeschlossen würde, der den Nutzer zur Entrichtung eines erheblichen Entgelts verpflichtete. Zahlreiche Personen hatten sich auf den fraglichen Seiten registriert und waren danach automatisch zur Zahlung des Entgelts aufgefordert worden, woraufhin einige von ihnen auch tatsächlich gezahlt hatten.

Die Staatsanwaltschaft Frankfurt a.M. hatte gegen die Angeschuldigten wegen des Betriebs der entsprechenden Internet-Seiten beim Landgericht Frankfurt a.M. Anklage erhoben wegen mittäterschaftlichen Betrugs in einem besonders schweren Fall, §§ 263 I, 25 II, 263 III 2 Nr. 1, 2 StGB. Das LG lehnte jedoch die Eröffnung des Hauptverfahren durch Beschluss gem. § 204 StPO ab. In dem Betrieb der Internet-Seiten liege keine Täuschung i.S.v. § 263 I StGB und deshalb sei auch kein hinreichender Tatverdacht gegeben. Gegen den Ablehnungsbeschluss legte die Staatsanwaltschaft gem. § 210 II StPO sofortige Beschwerde ein. Das OLG Frankfurt a.M. gab der Beschwerde statt, da die Internet-Seiten zumindest eine schlüssige (konkludente) Täuschung über die Unentgeltlichkeit der angebotenen Leistungen enthielten.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB, gehört zu den Delikten, die in beiden Examen besonders häufig zu prüfen sind. Aufgrund seiner komplexen Struktur und der zahlreichen insofern bestehenden Detailprobleme ist ein intensives Studium des Delikts somit unverzichtbar. Der vorliegende Fall bietet sich als Vorlage für eine Examensaufgabe deshalb besonders an, weil vor der hier behandelten Konstellation der sog. "Abo-Fallen" im Internet in der Vergangenheit in den Medien mehrfach gewarnt wurde und diese in der Praxis eine erhebliche Bedeutung besitzt. Solche Fälle werden in Prüfungsaufgaben erfahrungsgemäß besonders gerne aufgegriffen.

Die Einkleidung des vorliegenden Falles in die Überprüfung der Erfolgsaussichten einer sofortigen Beschwerde gem. § 210 II StPO wäre im ersten Examen ungewöhnlich, aber nicht unfair oder gar unzulässig. Schwerpunkt des entsprechenden Gutachtens ist nämlich die Prüfung des Bestehens eines hinreichenden Tatverdachtes. Diese entspricht jedoch bei einem unstreitigen Sachverhalt (wie im vorliegenden Fall) weitest gehend der im ersten Examen üblichen Prüfung der Strafbarkeit. Somit wird von den Kandidaten letztlich keine Leistung verlangt, auf die sie nicht vorbereitet sein müssten. Der prozessuale Einstieg in das Gutachten lässt sich bereits mit strafprozessualen Grundkenntnissen - die auch im ersten Examen erforderlich sind - gut bewerkstelligen. Natürlich könnte ein entsprechender Fall auch als "Standard"-Sachverhalt mit der "normalen" Fallfrage nach der Strafbarkeit der Beteiligten gestellt werden.

Eine Strafbarkeit wegen Betruges setzt als Tathandlung voraus, dass der Täter falsche Tatsachen vorspiegelt oder wahre Tatsachen entstellt oder unterdrückt, also das Opfer täuscht. Täuschung wird i.R.v. § 263 I StGB üblicherweise definiert als intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fahlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Fischer, § 263 Rn. 14; Joecks, § 263 Rn. 22; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 11). Eine strafrechtlich relevante Täuschung ist auf drei Arten möglich: durch ausdrückliche Erklärung, durch schlüssige (konkludente) Erklärung und durch garantenpflichtwidriges Unterlassen (vgl. hierzu die Darstellung im Skript StrafR BT I, Rn. 155 ff.).

Das Vorliegen einer Täuschung durch ausdrückliche Erklärung lehnt das OLG im vorliegenden Fall ganz kurz ab, da die Angeschuldigten auf den von ihnen betriebenen Internet-Seiten nicht explizit zugesichert hatten, dass die entsprechenden Dienstleistungen kostenlos zur Verfügung gestellt würden.

Sehr ausführlich befasst sich das OLG in seiner insofern höchst lesenswerten Entscheidung jedoch mit der Möglichkeit einer konkludenten Täuschung und nimmt eine solche im Ergebnis auch an. Durch die gesamte Gestaltung der von den Angeschuldigten unterhaltenen Internet-Seiten werde der Eindruck erweckt, dass hier die angebotenen Dienste kostenlos zur Verfügung gestellt würden. Hierfür spreche insbesondere, dass es sich um solche Arten von Diensten handelte, die im Internet häufig kostenlos angeboten werden (z.B. Routenplaner). Da die Angeschuldigten die gesamte Gestaltung der Internet-Seiten bewusst so angelegt hatten, dass deren Entgeltlichkeit verschleiert

wurde, könne es sie auch nicht entlasten, dass sie in einem "Sternchenhinweis" und in den AGB auf eine Kostenpflicht der Angebote hingewiesen hatten. Diese Hinweise waren nämlich so versteckt, dass sie ein durchschnittlicher Internet-Nutzer nicht gesehen hätte.

Vertiefungshinweise:

❑ Zur konkludenten Täuschung: *BGH*, RA 2007, 559 = NStZ 2008, 396; RA 2009, 136 = NStZ-RR 2009, 279; NJW 2005, 3008; NStZ 2007, 151; wistra 2007, 458; *Garbe*, NJW 1999, 2869; *Kasiske*, GA 2009, 360; *Mahnkopf/Sonnenberg*, NStZ 1997, 187

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

Leitsatz:

Zum Vorliegen einer konkludenten Täuschung im Sinne von § 263 StGB im Falle eines Webseitenbetreibers, der durch die Gesamtgestaltung seiner Seite beabsichtigt, den Nutzer über die Entgeltlichkeit seines Angebots zu täuschen.

Sachverhalt:

A war einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer des britischen Unternehmens B Ltd., dessen Zweigniederlassung in Deutschland sich vom 01.08.2006 bis zum 31.08.2007 in O befand. In dieser Zeit betrieb das Unternehmen, handelnd durch A, im Internet diverse kostenpflichtige Websites. Spätestens zum 01.09.2007 gingen diese Websites auf das Nachfolgeunternehmen, die D Ltd., über. Dabei handelt es sich ebenfalls um ein britisches Unternehmen mit einer Zweigniederlassung in Deutschland, dessen Geschäftsführerin C war. A war Prokurist der D Ltd. Das Unternehmen, handelnd durch A und C, betrieb die von der B Ltd. übernommenen Websites sowie weitere Websites.

Gegenstand der Websites waren Routenplaner, Gedichte-Archive, Vorlagen-Archive, Grafik-Archive, Grußkarten-Archive, Spieledatenbanken, Rezepte-Archive, Tattoo-Archive, Rätsel-Angebote, Hausaufgaben-Angebote, ein Gehaltsrechner und Informationsangebote. Sämtliche Websites wiesen ein nahezu identisches Layout auf. Bei Aufruf der Website erschien zunächst eine Seite mit einer Anmeldemaske, über der sich ein Button befand, in dem Hinweise auf die angebotene Leistung sowie die Gewinnmöglichkeit im Rahmen eines Gewinnspieles enthalten waren. Unter diesem Button befand sich ein Schriftzug, der den Hinweis enthielt, dass nach erfolgter Anmeldung die angebotene Leistung der Website in Anspruch genommen werden könne und die Möglichkeit zur Teilnahme an einem Gewinnspiel bestehe. Darunter befand sich die sog. Anmeldemaske, die mit den Worten "Bitte füllen Sie alle Felder vollständig aus!*" überschrieben war. In die Anmeldemaske waren die persönlichen Daten - E-mail-Adresse, Vor- und Nachname, vollständige Anschrift, Land und Geburtsdatum - einzugeben.

Unterhalb der Anmeldemaske befanden sich zwei Felder mit Kästchen für Akzeptanzhäkchen. Mit dem ersten Akzeptanzhäkchen bestätigte der Nutzer, die AGB-Verbraucherinformationen gelesen und akzeptiert zu haben und ab sofort Zugriff auf die angebotene Leistung der Website zu erhalten, mit dem zweiten Akzeptanzhäkchen erklärte der Nutzer, sich am Gewinnspiel beteiligen zu wollen. Unter den beiden Feldern befand sich ein Button, durch dessen Anklicken die angebotene Leistung der Website in Anspruch genommen werden konnte. Davor mussten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgerufen und akzeptiert werden.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben bei einem Papierausdruck im Microsoft- Word-Schriftbild "Times New Roman" bei einer Typengröße von 12 und einzeiligem Zeilenabstand - unter Beachtung eines Seiteneinzuges von vier Zentimetern und entsprechenden Textlücken bei den Überschriften - einen Umfang von neun Seiten.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind mit Ausnahme der Angaben, die sich direkt auf die angebotene Leistung - namentlich den Namen der aufgerufenen Seite - und auf diesbezügliche individuelle Daten - z.B. den Betrag des Preises - beziehen, bei allen von A und C betriebenen Seiten gleichlautend.

Ziffer 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen "Merkmale der Dienstleistung", die im oben beschriebenen Ausdruck in der unteren Hälfte von Seite 2 liegt, lautet:

"Die Dienstleistung ist unmittelbar im Zusammenhang mit dem auf der Startseite angebotenen Produkt beschrieben. Detailliertere Informationen zur Dienstleistung und ihrem Preis erhalten sie, wenn Sie die Start- und Anmeldeseite von www.[...].com aufrufen als auch in diesen Geschäfts- und Teilnahmebedingungen unter Ziff. II. 6 und 7."

Ziffer 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen "Preise, Zahlungsbedingungen", die im oben beschriebenen Ausdruck am unteren Rand von Seite 3 und am oberen Rand von Seite 4 liegt, lautet:

"Für die Teilnahme an [...].com gilt der bei der Bestellung angegebene Preis. Er ist auch unter Ziff. II. 7. dieser Geschäftsbedingungen einzusehen.

Der Preis versteht sich brutto inklusive Mehrwertsteuer (Endgeld)

Die Zahlung ist sofort nach Vertragsschluss fällig. Als

Zahlungsbedingung besteht ohne besondere Vereinbarung die Möglichkeit der Überweisung und Rechnungstellung."
In Ziffer 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen "Pflichten des Nutzers", die im oben beschriebenen Ausdruck in der oberen Hälfte von Seite 5 liegt, heißt es:

"Der Nutzer ist zur Entrichtung des einmaligen Nutzungsentgelts von 59,95 Euro verpflichtet (Endgeld). Die Mehrwertsteuer ist in diesem Betrag erhalten. [...]."

Erst nach dem Aufrufen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und dem Setzen des Akzeptanzhäkchens konnte der untere Button, mit dem der bei Verwendung eines 19-Zoll-Monitors mit der Standardauflösung1280 x 1024 Pixel sichtbare Teil der Website endete, angeklickt und die angebotene Leistung der Website in Anspruch genommen werden.
Am rechten Rand der Seite befand sich ein Seitenbalken, mittels dem man auf den Teil der Seite, der sich unter dem unteren Button befindet, "scrollen" konnte. Dort befand sich ein mit einem Sternchenhinweis versehener sechszeiliger Text, der sich inhaltlich zunächst mit der Dateneingabe und Gewinnspielteilnahme befasste und am Ende in Fettdruck eine Preisangabe enthielt. Dieser Text lautete:

* Nur richtig eingegebene Daten nehmen am Gewinnspiel teil. Um Missbrauch und wissentliche Falscheingaben zu vermeiden, wird ihre IP-Adresse (…) bei der Teilnahme gespeichert. Anhand dieser Adresse sind Sie über Ihren Provider identifizierbar. Durch Betätigung des Button "ROUTE PLANEN" beauftrage ich [...].com, mich für dem Zugang zum Routenplaner freizuschalten und, soweit gewünscht, mich für das Navigationsgeräte-Gewinnspiel zu registrieren. Der einmalige Preis für einen Drei-Monats-Zugang zu unserem Routenplaner beträgt 59,90 € inkl. gesetzlicher Mehrwertsteuer .

Zahlreiche Nutzer hatten sich bei den Websites registriert. Auf die dann folgenden, automatisch erstellten Zahlungsaufforderungen, hatten ebenfalls zahlreiche - wenn auch nicht alle - der Aufgeforderten gezahlt.
Mit Anklageschrift vom 10.04.2008 erhob die zuständige Staatsanwaltschaft Frankfurt a.M. Anklage gegen A und C, wobei sie diesen zur Last legte, im Zeitraum August 2006 bis zum Zeitpunkt der Anklageerhebung, teilweise gemeinschaftlich handelnd, in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt zu haben, dass sie durch Vorspiegelung, Entstellung oder Unterdrückung von Tatsachen einen Irrtum erregten oder unterhielten, wobei sie jeweils gewerbsmäßig und in der Absicht gehandelt hätten, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen (§§ 263 I, 25 II, 53 StGB). A und C wird vorgeworfen - zunächst A alleine, ab dem 01.09.2007 A und C gemeinsam handelnd - kostenpflichtige Websites betrieben zu haben, deren Layout durch seine Gestaltung die Kostenpflichtigkeit und den Umstand, dass eine Nutzung den Abschluss eines drei- bis sechsmonatigen Abonnements zu Preisen bis zu 59,95 € nach sich zieht, in den Hintergrund treten lasse. Dabei hätten A und C die Websites bewusst so gestaltet, dass die Kostenpflichtigkeit der Seite und der Vertragsschluss weder offensichtlich noch deutlich erkennbar seien, sodass die Nutzer der Websites zu nicht bewussten Vertragsabschlüssen verleitet worden seien.
Mit Beschluss vom 05.03.2009 lehnte die zuständige 27. Strafkammer des Landgerichts Frankfurt a. M. die Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Begründung ab, in dem Betreiben der Websites liege keine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB.
Gegen diesen Beschluss hat die Staatsanwaltschaft Frankfurt a.M. form- und fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt.

Wie wird das Beschwerdegericht entscheiden?

[Anm.: Unterstellen Sie, dass A und C nur einmal gehandelt haben.]

Lösung:
Das gem. § 121 I Nr. 2 GVG zuständige OLG (vgl. Meyer-Goßner, § 121 GVG Rn. 3) wird der sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft stattgeben, wenn und soweit diese zulässig und begründet ist.

[Anm.: Zuständig zur Entscheidung über eine Beschwerde ist nicht stets das OLG, sondern in den Fällen der §§ 73, 74a III, 74b GVG das LG und im Falle des § 135 II GVG der BGH.]

A. Zulässigkeit
Die sofortige Beschwerde müsste zunächst zulässig sein.

I. Statthaftigkeit und Rechtsmittelbefugnis
Gem. § 210 II StPO kann die Staatsanwaltschaft gegen einen Beschluss, durch den das Gericht gem. § 204 StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnt, sofortige Beschwerde einlegen. Gegen den Ablehnungsbeschluss des LG Frankfurt a. M. vom 05.03.2009 ist also eine sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft statthaft.

II. Form und Frist

Die Anforderungen an Form, § 306 I StPO, hat die Staatsanwaltschaft eingehalten. Auch die gem. § 311 II StPO geltende Frist - eine Woche ab Bekanntmachung (vgl. § 35 StPO) der Entscheidung - wurde eingehalten.

Die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft ist also zulässig.

B. Begründetheit

Die sofortige Beschwerde müsste auch begründet sein. Im Beschwerdeverfahren gem. § 210 II StPO überprüft das Beschwerdegericht die Entscheidung des Ausgangsgerichts vollständig und selbstständig (Meyer-Goßner, § 210 Rn. 2; KK (StPO)-Schneider, § 210 Rn. 10). Begründet ist die sofortige Beschwerde also dann, wenn die angefochtene Entscheidung fehlerhaft ist.

Gem. § 203 StPO muss das zuständige Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließen, wenn der Angeschuldigte hinreichend verdächtig ist. Die Eröffnung ablehnen darf das Gericht gem. § 204 I StPO nur dann, wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen kein hinreichender Tatverdacht gegeben ist. Die sofortige Beschwerde gegen den Ablehnungsbeschluss des LG Frankfurt a.M. wäre somit dann begründet, wenn A und C doch hinreichend verdächtig wären.

Hinreichender Tatverdacht besteht dann, wenn eine spätere Verurteilung des Angeschuldigten wahrscheinlich ist (BGHSt 23, 304, 306; OLG Karlsruhe, wistra 2005, 72, 73; Meyer-Goßner, § 203 Rn. 2). Hier könnte hinreichender Tatverdacht gegen A und C wegen eines mittäterschaftlichen Betruges in einem besonders schweren Fall, §§ 263 I, 25 II, 263 III 2 Nr. 1, 2 StGB, gegeben sein.

I. Tatbestand

A und C müssten zunächst den Tatbestand des mittäterschaftlichen Betruges, §§ 263 I, 25 II StGB, verwirklicht haben.

1. Täuschung über Tatsachen

A und C müssten einen anderen, z.B. die Nutzer der von A und C betriebenen Internet-Seiten, über Tatsachen getäuscht haben.

Hierzu führt das OLG Frankfurt a.M. aus: "[30] Zutreffend hat die 27. Strafkammer allerdings hervorgehoben, dass eine ausdrückliche Täuschung nicht in Betracht kommt. Denn es wird auf den Websites nicht ausdrücklich erklärt, die angebotenen Leistungen seien kostenlos, vielmehr enthielten die Websites an zwei Stellen einen - versteckten - Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit.

[31] Nicht beigetreten werden kann der Kammer indes in der Annahme, es liege auch keine konkludente Täuschung vor. Eine solche ist vielmehr aufgrund des prägenden Gesamteindruckes bzw. des Gesamterklärungswertes der Websites zu bejahen.

a. Anforderungen an die Täuschungshandlung i.R.v. § 263 I StGB

[32] Eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB ist jede Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen (BGHSt 47, 1, 5; SK-Hoyer, StGB, § 263, Rn. 24; Lackner/Kühl, StGB, 26. Auflage, § 263, Rn. 6). Sie besteht in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Als Tatsache in diesem Sinne ist nicht nur das tatsächlich, sondern auch das angeblich Geschehene oder Bestehende anzusehen, sofern ihm das Merkmal der objektiven Bestimmtheit und Gewissheit eigen ist (vgl. BGHSt 47, 1, 3; Senatsbeschluss vom 13.03.2003 - 1 Ws 126/02). Hiernach ist die Täuschung jedes Verhalten, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt. Dabei kann die Täuschung außer durch bewusst unwahre Behauptungen auch konkludent durch irreführendes Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist, erfolgen. Davon ist auszugehen, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt (BGHSt 47, 1, 3; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, StGB, 27. Auflage, § 263, Rn. 14/15).

b. Zur konkludenten Täuschung im vorliegenden Fall

[33] Vorliegend wird diese Voraussetzung durch das Betreiben der hier gegenständlichen Websites erfüllt.

[34] Die Angeschuldigten gehören zu dem Personenkreis, der Letztverbrauchern geschäftsmäßig Leistungen anbietet, so dass sie nach § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV in der zur Tatzeit gültigen Fassung verpflichtet waren, die Preise anzugeben, die einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile für die Leistungen zu zahlen sind (Endpreise). Nach § 1 Abs. 6 Satz 2 PAngV in der zur Tatzeit gültigen Fassung bestand weiter die Pflicht, diese Preise dem Angebot eindeutig zuzuordnen sowie leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar zu machen.

[35] Dieser Verpflichtung sind die Angeschuldigten nicht nachgekommen. Der Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit ist aufgrund der Gestaltung der Website beim Aufruf der Seite jedenfalls bei Verwendung eines handelsüblichen 19-Zoll-Monitors mit der Standartauflösung 1280 x 1024 Pixel oder eines kleineren Monitors nicht sichtbar. Vielmehr kann der Nutzer der Seite Kenntnis von der Kostenpflicht nur erlangen, wenn er entweder dem Sternchenhinweis über der Anmeldemaske nachgeht oder er die Allgemeinen Ge-

schäftsbedingungen liest. Damit ist das Kriterium der leichten Erkennbarkeit der Preisangabe nicht erfüllt.

[36] Soweit der Verteidiger des Angeschuldigten A in seiner Stellungnahme vom 24.06.2008 ausgeführt hat, die meisten verwendeten Monitore seien größer als 15 Zoll, so dass es nicht so sei, dass die Internetnutzer ausnahmslos nach unten scrollen müssen, um auf den Hinweis mit der Kostenpflicht zu stoßen, überzeugt dies nicht. Denn nach der Mitteilung des KOK E an den Senat vom 05.11.2010 verwendete dieser bei den Ermittlungen, die Grundlage seines Ermittlungsvermerks vom 26.03.2008 waren, einen handelsüblichen 19-Zoll-Bildschirm, bei dem er üblicherweise mit der Standartauflösung 1280 x 1024 Pixel arbeitete. Erst nach Herunterscrollen sei der Hinweis auf die Preispflichtigkeit sichtbar geworden.

[37] In den hierzu von den Verteidigern der Angeschuldigten eingereichten Stellungnahmen, wird der Umstand, dass der Text mit dem Kostenhinweis bei Verwendung eines handelsüblichen 19-Zoll-Monitors mit der Standartauflösung 1280 x 1024 Pixel vor dem Herunterscrollen nicht sichtbar ist, nicht in Abrede gestellt. Soweit die Verteidiger in der Folge aufzeigen, dass es diverse technische Möglichkeiten gibt, wonach entweder der Text von Anfang an sichtbar ist oder zu Beginn auch der Anmeldbutton unsichtbar ist und erst nach Durchführung eines Scrollvorganges, der dann auch gleichzeitig den Hinweistext sichtbar macht, zu sehen ist, ist dies nicht erheblich. Denn für die Frage, ob die Gestaltung der Seite auf eine Täuschung angelegt ist, ist einzig darauf abzustellen, welches Bild sich dem durchschnittlichen Internetnutzer bietet, und nicht, ob in einzelnen Konstellationen sich die Seite anders darstellt. Der durchschnittliche Internetnutzer verwendet aber handelsübliche Monitore mit Standartauflösungen, und bei deren Verwendung ist nach dem Ermittlungsstand der Text unter dem Anmeldebutton ohne Durchführung eines Scrollvorganges nicht zu sehen.

[38] Im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit der Preisangabe ist auch zu berücksichtigen, dass ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher als Nutzer der hier gegenständlichen Websites nicht erwarten muss, dass die angebotenen Leistungen kostenpflichtig sind. Denn die auf den von den Angeschuldigten betriebenen Websites angebotenen Leistungen werden im Internet in gleicher oder ähnlicher Weise auch - in den meisten Fällen sogar überwiegend - unentgeltlich angeboten. Der Durchschnittsverbraucher ist es daher gewohnt, im Internet zahlreiche kostenlose Dienstleistungs- und Downloadangebote anzutreffen, ohne den Grund für deren Unentgeltlichkeit - der im Regelfall in der Erzielung von Werbeeinnahmen oder der Verschaffung eines Anreizes, ein anderes, dann aber kostenpflichtiges, Angebot wahrzunehmen begründet ist – zu kennen.

[39] Insoweit kann der Nutzer, dem problemlos der Weg zu kostenfreien Alternativangeboten eröffnet ist, erwarten, dass ihm bereits bei Aufruf der Seite die zentrale Information der Kostenpflichtigkeit der Nutzung gleich zu Beginn der Nutzung an hervorgehobener Stelle mitgeteilt wird und er nicht erst nach dieser Information in Fußnoten oder über das Anklicken weiterer Seitenteile suchen muss. Vielmehr bedarf der Verbraucher eines deutlichen Hinweises auf die Entgeltlichkeit der unterbreiteten Angebote, zumal die situationsadäquate Aufmerksamkeit eines im Internet 'surfenden' Durchschnittsverbrauchers eher gering ist.

[40] Der durchschnittliche Internetnutzer nutzt beim 'Surfen' die Möglichkeit, zügig von einer Information zur nächsten zu wechseln, mit der Folge, dass zahlreiche Informationen nur fragmentarisch wahrgenommen werden. Ist der Verbraucher nur mit der reinen Informationsverschaffung und nicht zielgerichtet mit einem konkreten, erkennbar auf einen Vertragsschluss ausgerichteten, Angebot befasst, hat er im Regelfall keinen Anlass, sich um eine gründliche und vollständige Wahrnehmung aller verfügbaren Informationen zu bemühen.

[41] Dies berücksichtigend ist ein hinreichend deutlicher Hinweis auf die Entgeltlichkeit des fraglichen Angebots nur zu bejahen, wenn diese Information für den Nutzer bereits bei Aufruf der Seite erkennbar ist und im örtlichen und inhaltlichen Zusammenhang mit den Angaben, die sich auf die angebotene Leistung direkt beziehen, steht. Daran fehlt es hier. Denn bevor der Nutzer zur Anmeldemaske gelangt, gibt es in dem Internetauftritt keinen Anhaltspunkt für eine mögliche Kostenpflichtigkeit. Preise, Zahlungsmodalitäten und Angebotsvarianten werden nicht angesprochen.

[42] Hinzu kommt, dass die Website so gestaltet ist, dass am unteren Ende des bei Verwendung eines handelsüblichen 19-Zoll-Monitors mit der Standartauflösung 1280 x 1024 Pixel oder eines kleineren Monitors zunächst auf dem Bildschirm sichtbaren Teils der Button zur Inanspruchnahme der angebotenen Leistung der Website befindet. Dieser Button stellt sich optisch als Abschluss der Seite dar. Durch diese Gestaltung wird der Eindruck erweckt, dass sich alle für die Inanspruchnahme der Leistung maßgeblichen Informationen über dem Button befinden. Dieser Eindruck wird noch dadurch verstärkt, dass die auf dem zunächst sichtbaren Teil der Website enthaltenen Informationen ein inhaltlich geschlossenes Bild ergeben. Wie bei einem Formular (dazu BGH, StV 2004, 535, 536 zu einem gedruckten Schreiben, dass auf der Vorderseite eine in sich geschlossene Erklärung und auf der Rückseite zusätzliche Angaben enthielt, die leicht der Aufmerksamkeit des Lesers entgingen) kann auch die äußerliche Gestaltung einer Website auf deren Inhalt zurückwirken. Insoweit ergibt sich der Gesamterklärungswert der Website, dass nach erfolgter Regi-

strierung die Inanspruchnahme der angebotenen Leistung und eine Teilnahme am Gewinnspiel möglich sind. Die Entgeltlichkeit der angebotenen Leistung ist von diesem Erklärungswert gerade nicht umfasst.

[43] Aufgrund des nicht den gesetzlichen Anforderungen genügenden, unzureichenden Hinweises auf die Entgeltlichkeit der Leistung ist daher ein konkludentes Miterklären der Unentgeltlichkeit zu bejahen. Der sich aus der objektiven Gestaltung der Websites ergebende Gesamteindruck lässt die verdeckten Hinweise auf die Entgeltlichkeit völlig in den Hintergrund treten. Wer aber auf die Kostenpflicht nicht hinreichend deutlich hinweist bzw. sie nicht zum Gegenstand des offenen Erklärungswerts der Website macht, erklärt damit nach der Verkehrsanschauung konkludent, dass die Leistung kostenfrei erfolgt. Erfolgt kein deutlicher Hinweis auf die Zahlungspflicht nach § 1 Abs. 6 PAngV darf der Kunde damit rechnen, es mit einem Gratisangebot zu tun zu haben.

c. Kein Ausschluss der Täuschung wegen Erkennbarkeit der Kostenpflichtigkeit

[44] Hierbei kann nicht argumentiert werden, die Gestaltung der Websites sei deswegen nicht zur Täuschung geeignet, weil für die Benutzer bei sorgfältiger Prüfung ohne weiteres erkennbar gewesen sei, dass sich auch im nicht bei Aufruf sichtbaren Teil der Website noch erhebliche Informationen befinden. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes schließt Leichtgläubigkeit oder Erkennbarkeit der Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung die Schutzbedürftigkeit des potentiellen Opfers und damit eine Täuschung nicht aus (BGH, NStZ 2003, 313, 314; BGHSt 34, 199, 201) Eine Täuschung kann grundsätzlich auch dann gegeben sein, wenn der Erklärungsempfänger bei sorgfältiger Prüfung den wahren Charakter der Erklärung hätte erkennen können (BGHSt 47, 1, 5). Zur tatbestandlichen Täuschung wird das Verhalten hierbei, wenn der Täter die Eignung der – isoliert betrachtet – inhaltlich richtigen Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt wird, wenn also die Irrtumserregung nicht nur die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist (BGHSt 47, 1, 5).

[45] Vorliegend ist eine planvolle Vorgehensweise der Angeschuldigten zu bejahen, weil die gesamten von ihnen betriebenen Websites ihrer Gestaltung nach darauf angelegt sind, die Kostenpflicht und die vertragliche Bindung zu verschleiern. Dies folgt bereits daraus, dass der eine Hinweis auf die Kostenpflicht in einem Text enthalten ist, zu dessen Lektüre man nur gelangt, wenn man dem Sternchenhinweis über der Anmeldemaske nachgeht. Dass dies einzig der Verschleierung dient, zeigt sich daran, dass die Verwendung des Sternchenhinweises objektiv unnötig war.

[46] Hätten die Angeschuldigten wirklich die Kenntnisnahme der Nutzer von der Kostenpflicht bezweckt, so hätte es nahe gelegen, wenn sie statt des Einfügens eines umständlichen Zwischenschrittes über den Sternchenhinweis direkt bei den bei Aufruf der Seite sichtbar werdenden Informationen über die Leistung auch gleich Angaben zu deren Entgeltlichkeit angebracht hätten.

[47] Hinzu kommt, dass ein solcher Sternchenhinweis, ebenso wie der Seitenbalken, bereits per se derart unauffällig ist, dass die Betreiber der Websites berechtigterweise hoffen konnten, dass diese Details der Website von dem überwiegenden Teil der Nutzer überhaupt nicht zur Kenntnis genommen werden. Doch auch der Nutzer, der den Sternchenhinweis wahrnimmt, kann diesen dem Leistungsangebot nicht zuordnen. Denn auf den Websites werden die von den Angeschuldigten angebotenen Leistungen dargestellt, und bei diesen Angaben hätte sich der Sternchenhinweis befinden müssen, damit der Nutzer gedanklich einen Bezug zu der angebotenen Leistung herstellen kann. Die Zuordnung eines Preises zum Produkt nach § 1 Abs. 6 PAngV kann auch durch einen Sternchenhinweis geschehen, wenn dadurch die Zuordnung gesichert bleibt und die Angaben gut lesbar und vollständig sind (vgl. BGHZ 139, 368, 377). Dies erfordert aber auch, dass bereits die Angabe beim Sternchen einen Hinweis auf die Zahlungspflicht enthält, was hier nicht gegeben ist.

[48] Stattdessen befindet sich der Sternchenhinweis über der Anmeldemaske hinter der Aufforderung, alle Felder vollständig auszufüllen. Aufgrund des räumlichen Zusammenhangs zwischen dieser Aufforderung und dem Sternchenhinweis musste der Nutzer davon ausgehen, dass er bei Überprüfen des Sternchenhinweises auf Hinweise zum Ausfüllen der Anmeldemaske oder datenschutzrechtliche Ausführungen stößt. Angaben über essentielle Bestandteile der angebotenen Leistung, namentlich Angaben zu deren Entgeltlichkeit, musste der Nutzer aufgrund der beschriebenen Gestaltung nicht erwarten. Daher bestand für den Nutzer kein Anreiz, dem Sternchenhinweis nachzugehen, denn wesentliche Informationen waren nicht zu erwarten und die Lektüre einer Ausfüllanleitung ist für den durchschnittlichen Internetnutzer vor dem Hintergrund, dass man auf Fehlangaben regelmäßig vom Programm hingewiesen wird, ebenfalls entbehrlich.

[49] Doch selbst wenn ein Nutzer dem Sternchenhinweis nachgeht, wird er in seiner Annahme, der Text, auf den der Stern verweist, betreffe das Ausfüllen der Anmeldemaske, bestätigt. Denn der zu dem Sternchenhinweis gehörige Text beginnt nicht mit Ausführungen zu der angebotenen Leistung, sondern befasst sich nach der Mitteilung, dass nur richtig angegebene Daten an dem Gewinnspiel teilnehmen mit den weiteren

Voraussetzungen der Teilnahme an dem Gewinnspiel. Erst am Ende des sechszeiligen Textes befindet sich der Hinweis auf die Entgeltlichkeit.

[50] Aufgrund der Gestaltung der Website liegt es also nahe, dass die Mehrzahl der Nutzer den Sternchenhinweis überhaupt nicht wahrnimmt. Es steht weiter zu erwarten, dass die Mehrzahl derjenigen, die ihn wahrnehmen, diesem keine wesentliche Bedeutung beimessen, weil sie jedenfalls nicht davon ausgehen können, dass er sich auf Details der eigentlich angebotenen Leistung bezieht. Weiter wird auch der Nutzer, der dem Sternchenhinweis nachgeht, dazu verleitet, die Lektüre des dazu gehörigen Textes vorzeitig abzubrechen, weil man in der Regel auf die eigenen Fähigkeiten beim Ausfüllen einer Anmeldemaske vertraut. Der Umstand, dass es aufgrund der Gestaltung der Website nahe liegt, dass nur ein Bruchteil der Nutzer überhaupt zu dem von dem Sternchenhinweis in Bezug genommenen Text vordringt und diesen einer vollständigen Lektüre unterzieht, belegt, dass die Gestaltung dieses Teils der Website auf eine Verschleierung der Entgeltlichkeitsinformation ausgerichtet ist.

d. Hinweis auf Kostenpflicht in AGB schließt Täuschung nicht aus

[51] Im Unterschied zu dem Text, auf den sich der Sternchenhinweis bezieht, ist der Text der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der ebenfalls einen Hinweis auf die Kostenpflicht enthält, von dem Nutzer der Website vor Inanspruchnahme der angebotenen Leistung zumindest aufzurufen, um die Leistung nutzen zu können. Doch auch insoweit ist eine auf Verschleierung der Entgeltlichkeitsinformation zielende Gestaltung der Seite gegeben.

[52] Auch hier ist zunächst allgemein festzustellen, dass wenn die Angeschuldigten eine Kenntnisnahme der Nutzer von der Kostenpflicht gewollt hätten, es naheliegend gewesen wäre, diese Information dem Nutzer direkt zugänglich zu machen, indem die bei Aufruf der Seite sichtbar werdenden Angaben über die angebotene Leistung auch gleich die Information über deren Entgeltlichkeit enthalten.

[53] Stattdessen ist die Seite so gestaltet, dass zwischen dem Aufruf der Seite und dem Erlangen der Information über die Kostenpflicht unnötige Zwischenschritte in Form des Aufrufes der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Lektüre des längeren Textes liegen.

[54] Hinzu kommt, dass für den Nutzer der Seite auch nach dem erforderlichen Aufruf der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kein vernünftiger Anreiz besteht, sich mit deren genauem Inhalt näher zu befassen. Zum einen muss der Nutzer der Website nicht damit rechnen, dass durch die Seitennutzung ein Vertragsverhältnis zustande kommt und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wesentliche Informationen hierzu enthalten. Denn auch wenn die Kammer zutreffend anmerkt, dass es keinen allgemeinen Vertrauensschutz gibt, dass alle im Netz angebotenen Leistungen unentgeltlich sind, so muss dennoch der Nutzer der hier gegenständlichen Websites nicht erwarten, dass die dort angebotene Leistung kostenpflichtig ist, weil gleichartige Leistungen häufig im Internet kostenfrei angeboten werden. Insoweit kann ein Nutzer davon ausgehen, dass im Falle einer Kostenpflichtigkeit der Leistung ihm diese wesentliche Information zu Beginn der Nutzung mitgeteilt wird. Wird dem Nutzer vor dem Aufruf der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht mitgeteilt, dass die angebotene Leistung entgeltlich ist, so muss er nicht damit rechnen, dass sich der erstmalige Hinweis auf die Entgeltlichkeit in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen befindet. Es entspricht nicht der Verkehrssitte, wenn die essentialia negotii eines Vertrages nur an versteckter Stelle mitgeteilt werden.

[55] Weiter bestand für die Nutzer auch von daher kein Anreiz, sich näher mit dem Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu befassen, als die auf den Websites angebotenen Leistungen ihrer Art nach auf eine einmalige oder allenfalls gelegentlich wiederholte Nutzung ausgerichtet sind. Es liegt nahe, dass ein Nutzer vor einer einmaligen Inanspruchnahme einer Leistung im Netz nicht zeitaufwändig ein längeres Klauselwerk einer eingehenden Überprüfung unterzieht, sondern möglichst zügig zu der von ihm gewünschten Leistung vordringen möchte.

[56] Hinzu kommt, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Hinweis auf die Kostenpflicht nicht am Anfang und in der Gestaltung eines Blickfangs enthalten - in diesem Falle könnte der Betreiber der Seite noch davon ausgehen, dass die Regelung beim erforderlichen Aufrufen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auffällt - sondern diesen Umstand erst in einem späteren Punkt aufführen, den nur derjenige Nutzer zur Kenntnis nimmt, welcher die gesamten Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Prüfung unterzieht. Es liegt aber wiederum nahe, dass eine eingehende Lektüre der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur durch einen Bruchteil der Nutzer erfolgt. Dabei ist zu beachten, dass es für die Annahme einer objektiven Täuschung auf die auf Seiten des Erklärungsadressaten zu erwartende typisierte Sorgfaltspflicht ankommt. Eine Täuschung liegt deshalb auch vor, wenn die Adressaten der Erklärung auf Grund der typischerweise durch die Situation bedingten mangelnden Aufmerksamkeit irren und dieses nach dem vom Täter verfolgten Tatplan auch sollen.

[57] Hierbei kann nicht argumentiert werden, dass die Eingabe der persönlichen Daten bei den Nutzern eine Warnfunktion hätte ausüben müssen, so dass sie sich zu einer besonderen Vorsicht veranlasst sehen mussten und eine eingehende Prüfung aller Seiteninhalte vorzunehmen hatten. Zwar ist das Erfordernis einer

der Inanspruchnahme der Leistung vorgelagerten Anmeldung des Nutzers unter Angabe seines Namens und seiner Adressdaten im Ansatz geeignet, ein gewisses Misstrauen zu wecken. Hierdurch wird der Durchschnittsverbraucher aber noch nicht zu der Erkenntnis geführt, dass das Angebot kostenpflichtig ist, wenn auf diese Kostenpflichtigkeit nicht zuvor leicht erkennbar und gut wahrnehmbar hingewiesen wird. Vor allem wird die aus dem Umstand der Dateneingabe möglicherweise resultierende Sensibilisierung dadurch ausgehebelt, dass dieser Vorgang durch den Hinweis auf die Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel plausibilisiert wurde. Eine solche Gewinnspielteilnahme stellt aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers bereits eine hinreichende Erklärung für die Notwendigkeit der geforderten Angaben dar.

[58] Soweit die Kammer darauf hinweist, dass es bei anderen Angeboten zum Abschluss von Abonnements von spezifischen Dienstleistungen üblich sei, dass der Kunde mit einer Vielzahl von vertragsrelevanten Informationen im sog. Kleingedruckten konfrontiert werde, überzeugt dies nicht. Denn die Interessenten für ein Abonnement setzen sich mit dem Angebot in dem Wissen auseinander, dass sie sich in einer Vertragsanbahnungssituation befinden, während den Nutzern der hier gegenständlichen Websites dieses Bewusstsein gerade fehlte.

[59] Letztlich ist die beschriebene Gestaltung des Internetauftritts nur so zu erklären, dass die Angeschuldigten einzig in der Absicht handelten, den größten Teil der betroffenen Verbraucher über die Entgeltlichkeit ihres Angebots zu täuschen.

[60] Durch die nur über Zwischenschritte überhaupt erreichbaren Hinweistexte, die Platzierung der Hinweise an ungewöhnlicher Stelle, die versteckte Platzierung der Preisangabe innerhalb des Hinweistextes und die Ablenkung mittels der angebotenen Gewinnspielteilnahme ist die gesamte Website erkennbar darauf angelegt, den Verbraucher von der Wahrnehmung der Vergütungsverpflichtung abzuhalten. Dabei ist auch zu sehen, dass ein anderweitiges Geschäftskonzept der Angeschuldigten nicht plausibel ist. Denn selbst wenn ein Verbraucher die Preisangabe erkennt, wäre für den Verbraucher kein vernünftiger Grund erkennbar, in Kenntnis der Vergütungspflichtigkeit und der längeren Vertragsbindung für ein nicht unerhebliches Entgelt eine rein unterhaltungsbezogene Leistung in Anspruch zu nehmen, deren Werthaltigkeit er im Voraus nicht prüfen und nicht verlässlich einschätzen kann. Insoweit kann nicht angenommen werden, dass die Angeschuldigten sich ernsthaft an Verbraucher wendeten, die die Entgeltlichkeit erkennen. Das Ziel des Internetauftritts besteht vielmehr einzig darin, Verbraucher über die Vergütungspflichtigkeit in die Irre zu führen und diesen Irrtum wirtschaftlich auszunutzen."

Eine Täuschungshandlung von A und C durch konkludente Erklärung ist somit gegeben.

2. Täuschungsbedingter Irrtum

A und C müssten bei den Nutzern der Website auch einen täuschungsbedingten Irrtum hervorgerufen haben.

Hierzu das OLG Frankfurt a.M.: "[62] [...] Ein Irrtum definiert sich als Widerspruch zwischen der subjektiven Vorstellung des Täuschungsadressaten und der Wirklichkeit (Fischer, StGB, 57. Auflage, § 263, Rn. 54; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, a.a.O., § 263, Rn. 33; Lackner/ Kühl, a.a.O., § 263, Rn. 18). Vorliegend unterlagen die Nutzer der Websites der fehlerhaften Annahme, sie würden ein kostenloses Internetangebot nutzen."

Ein täuschungsbedingter Irrtum ist also gegeben.

3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

Die getäuschten Internet-Nutzer müssten auch eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung vorgenommen haben.

Das OLG Frankfurt a.M. führt insofern aus: "[63] [...] Eine Verfügung ist ein Tun oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (vgl. Fischer, a.a.O., § 263, Rn. 70; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, a.a.O., § 263, Rn. 55; Lackner/Kühl, a.a.O., § 263, Rn. 22).

[64] Dieses Erfordernis ist nicht nur in den Fällen, in denen die Verbraucher eine Zahlung an die Angeschuldigten geleistet haben, erfüllt – in diesen Fällen liegt die Vermögensverfügung auf der Hand - sondern eine Vermögensverfügung ist bereits darin zu sehen, dass die Verbraucher durch das Anklicken des Buttons zur Inanspruchnahme der angebotenen Leistung der Websites eine auf den Abschluss eines verpflichtenden Vertrages gerichtete Willenserklärung abgegeben haben.

[65] Dass die Nutzer hierbei täuschungsbedingt kein Bewusstsein einer Vermögensverschiebung hatten, ist unerheblich (vgl. Fischer, a.a.O., § 263, Rn. 74; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, a.a.O., § 263, Rn. 60; Lackner/Kühl, a.a.O., § 263, Rn. 24). Auch führt das Fehlen des Erklärungsbewusstseins nicht zu einer zivilrechtlichen Unwirksamkeit der durch die Nutzer abgegebenen Willenserklärung, sofern nur eine Zurechenbarkeit des äußeren Tatbestandes gegeben ist (vgl. BGHZ 109, 171, 177; MüKo-Kramer, BGB, 5. Auflage, vor § 116, Rn. 18 a; Palandt-Ellenberger, BGB, 69. Auflage, vor § 116, Rn. 17), was hier zu bejahen ist. Letztlich ist auch die Unmittelbarkeit in diesen Fällen nicht deswegen zu verneinen, weil die Nutzer nach dem Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das Anklicken des Buttons nur das Angebot zu einem Vertragsschluss abgaben, so dass es zum Zustandekommen des ihre Zahlungspflicht be-

gründenden Vertrages noch der Annahmeerklärung der Angeschuldigten bedurfte.

[66] Denn das Unmittelbarkeitserfordernis, wonach grundsätzlich zwischen der Handlung des Tatopfers und dem Eintritt des Verfügungserfolges keine Zwischenhandlungen Dritter liegen dürfen (Fischer, a.a.O., § 263, Rn. 76; Lackner/ Kühl, a.a.O., § 263, Rn. 22), ist in Fällen, in denen es nicht um die Abgrenzung zwischen Sachbetrug und Diebstahl geht, nur eingeschränkt anwendbar (SK-Hoyer, StGB, § 263, Rn. 170). So hat der Bundesgerichtshof bei Unterschreiben eines Bestellscheins, der ebenfalls nur ein Vertragsangebot enthält, eine Vermögensverfügung bejaht (BGHSt 22, 88, 89). Vor allem jedoch liegt hier die Annahmeerklärung nicht in einer auf einer Willensbetätigung der Angeschuldigten beruhenden Handlung, sondern sie erfolgt aufgrund eines automatisierten Vorganges, nämlich der automatischen Zusendung der Bestätigungsmail. Insoweit ist ein den Unmittelbarkeitszusammenhang aufhebender Zwischenschritt in Form einer tatsächlichen Handlung eines Dritten oder der Angeschuldigten ohnehin nicht gegeben."

Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung liegt somit vor.

4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Es müsste auch durch die Verfügung zu einem Vermögensschaden gekommen sein.

Das OLG Frankfurt a.M. erläutert: "[68] Das Vermögen erleidet einen Schaden, wenn sein wirtschaftlicher Gesamtwert durch die Verfügung des Getäuschten vermindert wird, u.a. wenn neue Verbindlichkeiten entstehen, ohne dass dies durch einen unmittelbaren Zuwachs voll ausgeglichen wird (vgl. Fischer, a.a.O., § 263, Rn. 113; Lackner/Kühl, a.a.O., § 263, Rn. 36).

[69] Beim - hier gegebenen - Betrug durch Abschluss eines Vertrages ist der Vermögensvergleich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beziehen. Ob ein Vermögensschaden eingetreten ist, ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der Vermögenslage vor und nach diesem Zeitpunkt. Zu vergleichen sind demnach die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen (zu allem: BGHSt 45, 1, 4; 30, 388, 389 und 16, 220, 221). Bleibt der Anspruch auf die Leistung des Täuschenden in seinem Wert hinter der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten zurück, ist dieser geschädigt (vgl. BGH, NStZ 2008, 96, 98; BGHSt 16, 220, 221).

[70] Vorliegend wird die täuschungsbedingte Entstehung der Verbindlichkeit durch den wirtschaftlichen Wert der Gegenleistung nicht ausgeglichen, weil die entgeltliche, abonnementsweise Beziehung der angebotenen Leistungen für die Nutzer wirtschaftlich sinnlos ist. Es handelt sich bei den angebotenen Leistungen durchweg um solche, die entweder einmalig (Gehaltsrechner) oder allenfalls gelegentlich und dann anlassbezogen genutzt werden (z.B. Routenplaner, Grußkarten-Archiv, Gedichte-Archiv, Tattoo-Archiv). Sofern bei einzelnen Archiven oder Datenbanken auch ein häufigeres oder regelmäßiges Nutzungsbedürfnis denkbar sein kann, läge - vor dem Hintergrund, dass dieselben Leistungen auch unentgeltlich in Netz angeboten werden - der Erwerb entsprechender Software mit einmaliger Kaufpreiszahlung wirtschaftlich näher.

[71] Der Betrug ist auch in den Fällen, in denen im Ergebnis keine Zahlungen an die Angeschuldigten geleistet wurden, bereits vollendet. Die schädigende Verfügung ist bereits in dem Vertragsschluss als solchem zu sehen, wobei der Schaden darin besteht, dass der schuldrechtlichen Verpflichtung des Getäuschten ein wirtschaftlich nicht gleichwertiger Anspruch gegenübertritt. Zwar dürfte hier ein Anfechtungsrecht der Nutzer aus § 123 Abs. 1 BGB bestehen (vgl. OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 04.12.2008, Az.: 6 U 187/07, Rz. 54, zitiert nach juris), indes bleibt die Frage der Anfechtbarkeit bei der Prüfung eines durch einen Vertragsabschluss begründeten Vermögensschadens außer Betracht (BGHSt 23, 300, 302; 22, 88, 89; 21, 384, 386).

[72] Selbst wenn man das Anfechtungsrecht der Nutzer in die Betrachtung einbeziehen wollte (so Schönke/Schröder-Cramer/Perron, a.a.O., § 263, Rn. 131), wäre zu beachten, dass dieses der Darlegungs- und Beweislast der Nutzer unterliegt (vgl. MüKo-Kramer, a.a.O., § 123, Rn. 30; Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 123, Rn. 30). Weil die Nutzer somit das Beweisrisiko tragen, würde das bloße Bestehen der Verteidigungsmöglichkeiten nicht zu einem Ausschluss der Vermögensgefährdung führen (vgl. BGHSt 23, 300, 302 f.; Eisele, NStZ 2010, 193, 198)."

Somit haben die registrierten Nutzer auch einen verfügungsbedingten Vermögensschaden erlitten.

5. Mittäterschaft, § 25 II StGB

A und C müssten auch als Mittäter gem. § 25 II StGB gehandelt haben.

Mittäterschaft setzt die gemeinschaftliche Begehung einer Straftat aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, also durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, voraus (Joecks, § 25 Rn. 61; Wessels/Beulke, AT, Rn. 524).

Es ist davon auszugehen, dass A und C die Täuschung der Nutzer durch die Websites vorher gemeinsam geplant und bei dieser auch bewusst und gewollt zusammengewirkt haben. A und C müssten die Tat aber auch als (Mit-) Täter (und nicht nur als Teilnehmer) begangen haben.

Streitig ist, wie die Mittäterschaft von der Teilnahme abzugrenzen ist. Nach herrschender Literatur kann Täter nur derjenige sein, der die Tatherrschaft nebst einem entsprechenden Bewusstsein innehat, also eine

Zentralfigur des Geschehens darstellt (sog. Tatherrschaftslehre; Rönnau, JuS 2007, 514; Zöller, JURA 2007, 305, 311). Nach der Rechtsprechung reicht für eine Täterschaft grundsätzlich jeder Beitrag aus, sofern er mit Täterwillen geleistet wird, wobei dessen Vorliegen anhand bestimmter Indizien zu prüfen ist, insb. Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft und Tatherrschaftswille (sog. modifizierte Animus-Theorie; BGHSt 45, 270, 296; BGH, NStZ 2006, 94).
A und C haben als Prokurist bzw. Geschäftsführerin der D Ltd. die fraglichen Websites betrieben. Sie waren also zusammen die Zentralfiguren des enstprechenden Geschehens, sodass sie Tatherrschaft innehatten, was ihnen auch bewusst war. Da sie auch ein erhebliches eigenes wirtschaftliches Interesse am Taterfolg hatten und insb. mit Tatherrschaft und dem Willen hierzu gehandelt haben, haben sie ihre Beiträge auch mit Täterwillen geleistet.
A und C haben somit als Mittäter gehandelt.

6. Vorsatz
A und C handelten vorsätzlich.

7. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung
A und C müssten auch in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt haben.
A und C müssten zunächst in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, diesen also zu bereichern. Vermögensvorteil i.S.v. § 263 I StGB ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage (BGH, NStZ 1989, 22; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 167).
Es ist davon auszugehen, dass Vertragspartner der über die Websites abgeschlossenen Verträge nicht A und C selbst sein sollten, sondern die Gesellschaften, für die A und C handelten. Dann hätten A und C in der Absicht gehandelt, diesen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, nämlich den entsprechenden Zahlungsanspruch gegen die Nutzer.
Diese beabsichtigte Drittbereicherung müsste auch rechtswidrig und stoffgleich gewesen sein.
Rechtswidrig ist die von den Tätern beabsichtigte Bereicherung dann, wenn diese (bzw. bei einer Drittbereicherungsabsicht auch der Dritte) keinen fälligen einredefreien Anspruch auf die Bereicherung haben (BGHSt 19, 206; Fischer, § 263 Rn 191), wobei solche Ansprüche unberücksichtigt bleiben müssen, die erst durch die Täuschung entstehen (Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 172). Stoffgleich ist die beabsichtigte Bereicherung, wenn sie die Kehrseite des Vermögensschadens beim Opfer darstellt, d.h wenn Vorteil und Schaden auf derselben Verfügung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht (BGH, NStZ 2003, 264; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 168).
Die von A und C vertretenen Gesellschaften hatten keinen Anspruch gegen die Internet-Nutzer auf den Abschluss entsprechender Abonnementverträge und die sich hieraus ergebende Bereicherung, sodass die von A und C beabsichtigte Drittbereicherung rechtswidrig war. Die beabsichtigte Drittbereicherung - Erlangung eines Zahlungsanspruchs gegen die registrierten Nutzer - würde auch auf derselben Verfügung beruhen wie der Schaden der Opfer - nämlich dem Abschluss des entsprechenden Vertrages (s.o.). Da die beabsichtigte Drittbereicherung auch zu Lasten des Vermögens der geschädigten Internet-Nutzer ginge, ist diese auch stoffgleich.
Da A und C auch wussten, dass es sich um eine rechtswidrige und stoffgleiche (Dritt-) Bereicherung handeln würde, haben sie in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt.
Zu demselben Ergebnis kommt auch das OLG Frankfurt a.M., das allerdings nicht von einer Dritt-, sondern einer Eigenbereicherungsabsicht von A und C ausgeht: "[73] Die Angeschuldigten handelten [...] in der Absicht, von den getäuschten Nutzern die Abonnementsbeträge ausgezahlt zu bekommen, mithin auch in der Absicht, das eigene Vermögen zu mehren. Weil die bezweckten Auszahlungen der Erfüllung der Hauptpflicht aus den täuschungsbedingt zustande gekommenen Verträgen diente, korrespondiert auch die beabsichtigte Bereicherung mit dem Schaden der Nutzer."

II. Rechtswidrigkeit
A und C handelten rechtswidrig.

III. Schuld
A und C müssten auch schuldhaft gehandelt haben.
A und C hätten gem. § 17 S. 1 StGB schuldlos gehandelt, wenn ihnen bei Begehung der Tat aufgrund eines unvermeidbaren Irrtums die Einsicht gefehlt hätte, Unrecht zu tun.
Zum Vorliegen eines solchen unvermeidbaren Verbotsirrtums führt das OLG Frankfurt a.M. aus: "[77] Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum kommt vorliegend nicht in Betracht. Weil es zum Tatzeitpunkt keinerlei obergerichtliche Rechtsprechung zu der hier gegenständlichen Vorgehensweise gab, mussten die Angeschuldigten die Strafbarkeit ihres Verhaltens zumindest für möglich gehalten haben. Als vermeidbar wird bei ungeklärter Rechtslage zudem ein Verbotsirrtum nur dann angesehen, wenn es für den Angeschuldigten nicht zumutbar wäre, ein möglicherweise verbotenes Verhalten bis zur Klärung der Rechtsfrage zu unterlassen (vgl. OLG Stuttgart, NJW 2008, 243, 245). Dies ist hier eindeutig nicht der Fall. Abgesehen davon kommt ein Verbotsirrtum nur in Betracht, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Nach ständi-

ger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Täter die Strafbarkeit seines Vorgehens nicht zu kennen; es genügt, dass er wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun (vgl. BGH, Beschluss vom 02.04.2008, 5 StR 354/07, zitiert nach juris, dort Rn. 34 m.w.N.). Der Unrechtsgehalt wird hier aber bereits durch den von den Angeschuldigten begangenen Verstoß gegen ihre Pflichten aus § 1 Abs. 6 PAngV vermittelt, der eine Ordnungswidrigkeit nach den §§ 10 Abs. 1 Ziffer 5 i.V.m. 1 Abs. 6 Satz 2 PAngV begründet."

Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum liegt somit nicht vor. Da auch andere Entschuldigungsgründe nicht ersichtlich sind, haben A und C schuldhaft gehandelt.

IV. Besonders schwerer Fall, § 263 III StGB

Bei dem von A und C verwirklichten Betrug könnte es sich um einen besonders schweren Fall i.S.v. § 263 III StGB handeln.

1. § 263 III 2 Nr. 1 StGB

A und C könnten gewerbsmäßig gehandelt und so das Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 1 StGB verwirklicht haben.

Das OLG Frankfurt a.M. führt aus: "[75] Gewerbsmäßig handelt, wer sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle verschaffen will (vgl. Fischer, a.a.O., vor § 52, Rn. 62). Die Angeschuldigten haben über einen längeren Zeitraum mehrere Websites im Internet betrieben und Leistungen mit Abonnementspreisen zwischen € 29,90 und € 59,90 angeboten. Jedenfalls mit Blick auf die zu erwartende Zahl der Internetnutzer, die eine Inanspruchnahme der Leistungen versuchen werden, war dadurch das Erzielen nicht ganz unerheblicher Einnahmen bezweckt."

A uns C haben somit gewerbsmäßg gehandelt und damit auch das Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 1 StGB verwirklicht.

2. § 263 III 2 Nr. 2 StGB

A und C könnten auch in der Absicht gehandelt haben, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr eines Vermögensverlustes zu bringen, und so das Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 2 StGB verwirklicht haben.

Hierzu das OLG Frankfurt a.M.: "[76] Da das dauerhafte Betreiben mehrerer Websites im Internet darauf ausgerichtet ist, dass diese von einer unüberschaubaren Menge von Internetnutzern aufgerufen werden und ein Teil dieser Nutzer die angebotenen Leistungen auch in Anspruch nehmen, ist auch die für die Erfüllung des Regelbeispiels des § 263 Abs. 3 Nr. 2, 2. Alternative StGB erforderliche große Geschädigtenanzahl, die jedenfalls im zweistelligen Bereich anzusetzen ist (vgl. SK-Hoyer, a.a.O., § 263, Rn. 285: 10 Personen; Schönke/ Schröder-Cramer/Perron, a.a.O., § 263, Rn. 188 d: 20 Personen; Fischer, a.a.O., § 263, Rn. 218: zwischen 10 und 50 Personen) von der Absicht der Angeschuldigten umfasst gewesen."

A und C haben also auch in der genannten Absicht gehandelt und so das Regelbeispiel gem. § 263 III 2 Nr. 2 StGB verwirklicht.

3. Kein Ausschluss

Da durch die Tat von A und C nicht nur geringe Schäden eingetreten sind, ist das Vorliegen eines besonders schweren Falles auch nicht gem. §§ 263 IV, 243 II StGB ausgeschlossen. Auch sonstige Gründe, die gegen das Vorliegen eines besonders schweren Falles sprechen, sind nicht ersichtlich.

V. Zwischenergebnis

A und C sind hinreichend verdächtig, einen mittäterschaftlichen Betrug in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 I, 25 II, 263 III 2 Nr. 1, 2 StGB begangen zu haben.

Da entgegen der Auffassung des LG Frankfurt a.M. somit doch ein hinreichender Tatverdacht gegen A und C gegeben ist, hätte das LG gem. § 203 StPO das Hauptverfahren eröffnen und nicht gem. § 204 StPO die Eröffnung ablehnen dürfen. Die angefochtene Entscheidung des LG Frankfurt ist somit fehlerhaft und die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen diese also begründet.

C. Gesamtergebnis

Die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft ist zulässig und begründet. Das Beschwerdegericht wird ihr deshalb stattgeben.

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Autor/Titel:	Wißmann, Hinnerk / Heuer, David: "Hirten der Verfassung - Das BVerfG, die Kirchen und der Sonntagsschutz"
Fundstelle:	JURA 2011, 214 (Heft 3)
Inhalt:	Beitrag zur Entscheidung des BVerfG, RA 2009, 795 (= NVwZ 2010, 570), die bereits vielfache Literaturstimmen hervorgerufen hat (zustimmend z.B. Moosbacher, NVwZ 2010, 573; kritisch z.B. Classen, JZ 2010, 144). Inhaltlich geht es um die Frage, ob die Ladenöffnungszeiten (und damit die Berufsfreiheit der Verkäufer) aus Gründen der Sonn- und Feiertagsruhe beschränkt werden darf. Das BVerfG hatte aus der Glaubensfreiheit (Art. 4 I, II GG) einen objektiven Schutzauftrag des Staates abgeleitet, den es im konkreten Fall als verletzt ansah, weil das Land Berlin an allen vier Adventssonntagen die Ladenöffnung gestattet hatte.

Autor/Titel:	Bausback, Winfried / Schall, Christian: "Verfassungsrechtliche Implikationen des Modells eines Pflichtwehrdienstes mit Belastungsausgleich über ein Bürgerjahr"
Fundstelle:	BayVBl 2011, 33 (Heft 2)
Inhalt:	Der Beitrag nimmt sich der aktuellen Diskussion um die Neugestaltung der Wehrpflicht an und diskutiert, welche verschiedenen Optionen denkbar sind. Diese werden daraufhin überprüft, ob sie verfassungsrechtlichen Ansprüchen genügen, insbesondere nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG, das Verbot der Zwangsarbeit des Art. 12 II GG und die Vorgaben des Art. 12a GG verstoßen. Wie aus dem Titel ersichtlich, favorisieren die Autoren ein Festhalten an der Wehrpflicht mit Ausgleich über ein Bürgerjahr, auch wenn faktisch die Wehrpflicht gegenwärtig ausgesetzt ist.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Petershagen, Jörg: "Der Schutz des Rechts am eigenen Bild vor Hyperlinks"
Fundstelle:	NJW 2011, 705 (Heft 11)
Inhalt:	Der Autor setzt sich mit der Frage auseinander, welche Ansprüche auf Unterlassen und/oder Schadensersatz bestehen können, wenn ein Dritter ohne Einwilligung einen Hyperlink auf eine Internetseite setzt, auf der ein Bild des Anspruchstellers zu sehen ist. Er kommt zu der Auffassung, dass eine Verletzungshandlung nach § 22 KUG vorliegen könne mit der Folge, dass Ansprüche aus §§ 823 I, II BGB und § 1004 BGB (analog) in betracht kommen.

Autor/Titel:	Petersen, Jens: "Die Privatautonomie und ihre Grenzen"
Fundstelle:	JURA 2011, 184 (Heft 3)
Inhalt:	Dieser kurze Beitrag wendet sich besonders an Studierende. Er beleuchtet das Spannungsverhältnis von Privatautonomie (unterteilt in Eigentumsschutz, Vertragsfreiheit und Testierfreiheit) einerseits und ihren Grenzen (unterteilt in Kontrahierungszwang und Willkürverbot) andererseits.

Strafrecht

Autor/Titel:	Kraatz, Erik: "Das Beweisverbot des § 252 StPO"
Fundstelle:	JURA 2011, 170 (Heft 3)
Inhalt:	Das in § 252 StPO geregelte Beweisverwertungsverbot gehört im 2. Examen vor allem in Urteils- und Revisionsklausuren zum absoluten Standardstoff und auch im 1. Examen kommen Zusatzfragen zu Beweisverboten - und da insb. zu § 252 StPO - verstärkt vor. In diesem Aufsatz befasst sich der Autor zunächst mit den einzelnen Voraussetzungen des § 252 StPO, insb. mit der Frage, wann eine "Hauptverhandlung" gegeben ist und unter welchen Voraussetzungen eine Berufung des Zeugen auf sein Verweigerungsrecht vorliegt. Dann geht er auf den Umfang des Verbots und dessen Grenzen ein. Die sehr examensrelevante Vorschrift des § 252 StPO wird hier - insb. auch durch die zahlreichen Beispielsfälle - so verständlich dargestellt, dass sich Zweck, Umfang und Besonderheiten der Norm auch ohne vertiefte strafprozessuale Kenntnisse erschließen. Zur Vorbereitung auf beide Examen hervorragend geeignet.

Autor/Titel:	Mitsch, Wolfgang: "Die Untreue - Keine Angst vor § 266 StGB!"
Fundstelle:	JuS 2011, 97 (Heft 2)
Inhalt:	Passend zu der in diesem Heft besprochenen BGH-Entscheidung zur Untreue liefert dieser Aufsatz einen Überblick über die Besonderheiten des Tatbestandes des § 266 I StGB und der einzelnen Tatbestandsmerkmale. Dabei gelingt des Verfasser vor allem die Darstellung der Grobstrukturen (Unterscheidung von Missbrauchs. und Treuebruchstatbestand, Untreue als Sonderdelikt) sehr schön. Auch die einzelnen Tatbestandsmerkmale werden inhaltlich gut verständlich dargestellt, dieser Teil des Aufsatzes wäre jedoch übersichtlicher gewesen, wenn der Verfasser sich strenger an das gutachterliche Prüfungsschema gehalten hätte. Zum Einstieg und vor allem zur Wiederholung dieses durchaus examensrelevanten Tatbestandes ist dieser Aufsatz empfehlenswert.

Autor/Titel:	Frisch, Wolfgang: "Objektive Zurechnung des Erfolgs"
Fundstelle:	JuS 2011, 116 (Heft 2)
Inhalt:	In der Fortsetzung des Aufsatzes aus JuS 2011, 19 befasst sich der Autor mit den Fallgruppen, in denen eine objektive Zurechnung des Erfolges daran scheitert, dass der Täter keine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hatte. Die verschiedenen Fallgruppen werden dabei allerdings eher schwammig voneinander abgegrenzt und auch die Relevanz des entsprechenden Systematisierungsversuchs ist nicht erkennbar. Auch hätte der Aufsatz durch den verstärkten Rückgriff auf Beispielsfälle an Verständlichkeit gewonnen. Trotzdem zur Weiderholung geeignet.